Deutscher Bundestag **Drucksache 17/9852**

17. Wahlperiode 31. 05. 2012

Gesetzentwurf

der Bundesregierung

Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG)

A. Problem und Ziel

Die Bundesregierung hat im Jahreswirtschaftsbericht 2011 angekündigt, zur Stärkung des Wettbewerbs in allen Bereichen das Achte Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vorzulegen. Der vorliegende Gesetzentwurf soll dementsprechend die wettbewerblichen Rahmenbedingungen, insbesondere im Bereich der Fusionskontrolle, der Missbrauchsaufsicht und des Verfahrens bei Kartellverstößen, weiter modernisieren und optimieren sowie die Durchsetzung des GWB noch effizienter gestalten.

B. Lösung

Das GWB hat sich mit seinen allgemeinen, sektorübergreifend geltenden kartellrechtlichen Vorschriften bewährt. Grundlegender, konzeptioneller Änderungsbedarf besteht nicht. Gleichwohl wurde Verbesserungspotential festgestellt, das genutzt werden soll. Im Bereich der Fusionskontrolle wird die Novelle die Unterschiede zwischen der deutschen und der europäischen Fusionskontrolle weiter verringern, um eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene zu ermöglichen. Gleichzeitig erweitert die Novelle angemessen den Handlungsspielraum kleiner und mittlerer Presseunternehmen. Die Missbrauchsvorschriften werden einfacher, verständlicher und damit anwenderfreundlicher gestaltet. Die Position der Verbraucherverbände wird durch eine angemessene Beteiligung an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung verbessert. Schließlich wird das kartellrechtliche Bußgeldverfahren effizienter gestaltet und sichergestellt, dass das wettbewerbliche Handeln der Krankenkassen dem Kartellrecht unterliegt. Außerdem wird das GWB begrifflich an die Änderungen angepasst, die sich durch den im Dezember 2009 in Kraft getretenen Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ergeben haben.

C. Alternativen

Keine.

D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Durch das Gesetz ergeben sich keine zusätzlichen Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand.

E. Erfüllungsaufwand

Der Gesetzentwurf leistet einen Beitrag zur Reduzierung der Bürokratiekosten. Insgesamt werden durch die 8. Novellierung des GWB jährlich Kosten in Höhe von etwa 491 000 Euro eingespart. Dem stehen einmalige Umstellungskosten in Höhe von ca. 100 000 Euro gegenüber. Die Änderungen des Fünften Buches Sozialgesetzbuch sind im Hinblick auf den Erfüllungsaufwand neutral. Sie stellen im Wesentlichen die bisherige Anwendungspraxis des Bundeskartellamtes bei der Kontrolle von Zusammenschlüssen von Krankenkassen auf eine gesetzliche Grundlage, die durch jüngere Rechtsprechung in Zweifel gezogen war.

E.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Für die Bürgerinnen und Bürger ergibt sich durch das Gesetz kein zusätzlicher Erfüllungsaufwand.

E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Die Erhöhung der gesetzlichen Aufgreifschwelle in der Pressefusionskontrolle durch § 38 Absatz 3 führt zu einer Entlastung der Wirtschaft, da zukünftig weniger Pressefusionen beim Bundeskartellamt angemeldet werden müssen. Es ist mit einer Verringerung des Erfüllungsaufwandes um ca. 12 000 Euro pro Jahr zu rechnen.

Das Gesetz führt durch die Vorgabe in § 39 Absatz 1 eine neue Informationspflicht für die Unternehmen ein, die in der Vergangenheit Zusammenschlüsse per einfacher E-Mail angemeldet haben. Sie müssen nunmehr bei einer elektronischen Anmeldung entweder eine De-Mail beziehungsweise E-Mail mit qualifizierter elektronischer Signatur benutzen oder dem Bundeskartellamt die Anmeldung per Post oder Telefax übermitteln. Da Anmeldungen per einfacher E-Mail in der Vergangenheit nur einen sehr geringen Anteil an der Gesamtzahl der Anmeldungen beim Bundeskartellamt ausgemacht haben, sind mögliche Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand zu vernachlässigen.

Der neue § 59 Absatz 1 ermächtigt die Kartellbehörden dazu, den Unternehmen bei Auskunftsverlangen vorzugeben, ihre Antworten über eine Internetplattform zu geben. Es ist mit einer Verringerung des Erfüllungsaufwands von 325 000 Euro pro Jahr zu rechnen.

§ 81a führt eine weitere Informationspflicht für die Wirtschaft ein. Er sieht eine Auskunftspflicht für juristische Personen und Personenvereinigungen für bestimmte unternehmens- und marktbezogene Daten vor, die für die Bestimmung der Geldbuße erforderlich sind. Durch diese Informationspflicht verringert sich der Erfüllungsaufwand für die Unternehmen um insgesamt 20 500 Euro pro Jahr, da die zur Beschaffung dieser Daten in der Vergangenheit erforderlichen Durchsuchungen von Unternehmen zukünftig wegfallen. Für betroffene Unternehmen entsteht kein Mehraufwand, da sie die Informationen dem Bundeskartellamt ohnehin zur Verfügung stellen müssen.

E.3 Erfüllungsaufwand für die Verwaltung

Die Änderung der Pressefusionskontrolle durch § 38 Absatz 3 ist mit sinkenden Fallzahlen verbunden, so dass der Arbeitsaufwand des Bundeskartellamtes verringert wird. Aus diesem Grund ist mit einer Verminderung des Erfüllungsaufwandes von 32 000 Euro pro Jahr zu rechnen.

Die durch § 59 Absatz 1 verankerte internetbasierte Datenerhebung lässt nach anfänglichem Mehraufwand für die Errichtung der Internetplattform Einsparungen bei den Verwaltungsprozessen erwarten. Der Erfüllungsaufwand wird sich um voraussichtlich 64 800 Euro pro Jahr verringern lassen. Einmalige Umstellungskosten für das Einrichten des IT-Systems werden mit rund 100 000 Euro, jährliche Betriebskosten für das IT-System mit etwa 10 000 Euro angesetzt.

Die durch § 81a eingeführte Einschränkung des bestehenden Auskunftsverweigerungsrechts verringert den Erfüllungsaufwand für die Kartellbehörden. Sie können die Unternehmen verpflichten, ihnen die entsprechenden Informationen zu überlassen. Durchsuchungen, die einen hohen zeitlichen und personellen Aufwand bedeuten, entfallen. Es ist mit einer Verringerung des Erfüllungsaufwandes von insgesamt 46 650 Euro pro Jahr zu rechnen.

F. Weitere Kosten

Auswirkungen auf die Einzelpreise und das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten.

BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND
DIE BUNDESKANZLERIN

Berlin, 30. Mai 2012

An den
Präsidenten des
Deutschen Bundestages
Herrn Prof. Dr. Norbert Lammert
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Sehr geehrter Herr Präsident,

hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen

Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG)

mit Begründung und Vorblatt (Anlage 1).

Ich bitte, die Beschlussfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie.

Die Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates gemäß § 6 Absatz 1 NKRG ist als Anlage 2 beigefügt.

Der Bundesrat hat in seiner 896. Sitzung am 11. Mai 2012 gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf wie aus Anlage 3 ersichtlich Stellung zu nehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates ist in der als Anlage 4 beigefügten Gegenäußerung dargelegt.

Mit freundlichen Grüßen

Angela Merkel

Anlage 1

Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG)

Vom …

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114; 2009 I S. 3850), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 26. Juli 2011 (BGBl. I S. 1554) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Die Inhaltsübersicht wird wie folgt geändert:
   a) In der Angabe zu den §§ 4 bis 18 wird die Angabe „18“ durch die Angabe „17“ ersetzt.
   b) In der Überschrift von Abschnitt Zwei des Teils Eins wird vor dem Wort „wettbewerbsbeschränkendes“ das Wort „sonstiges“ eingefügt.
   c) Vor der Angabe zu § 19 wird folgende Angabe eingefügt:
      „§ 18 Marktbeherrschung“.
   d) Die Angabe zu § 19 wird wie folgt gefasst:
      „§ 19 Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen“.
   e) Die Angabe zu § 20 wird wie folgt gefasst:
      „§ 20 Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht“.
   f) In der Angabe zu § 22 werden die Wörter „Artikeln 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikeln 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.
   g) Die Angabe zu § 31 wird durch die folgenden Angaben ersetzt:
      „§ 31 Verträge der Wasserwirtschaft
      § 31a Wasserwirtschaft, Meldepflicht
      § 31b Wasserwirtschaft, Aufgaben und Befugnisse der Kartellbehörde, Sanktionen“.
   h) Nach der Angabe zu § 81 wird folgende Angabe eingefügt:
      „§ 81a Auskunftspflichten“.
   i) In der Angabe zu § 90a werden die Wörter „Kommission der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Europäischen Kommission“ ersetzt.
2. § 2 Absatz 2 wird wie folgt geändert:
   a) In Satz 1 werden die Wörter „Kommission der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Europäischen Kommission“ und die Wörter „Artikel 81 Abs. 3 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.
   b) In Satz 2 werden die Wörter „Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Europäischen Union“ ersetzt.
3. In § 3 wird die Absatzbezeichnung „(1)“ gestrichen und wird Absatz 2 aufgehoben.
4. In der Überschrift von Abschnitt Zwei des Teils Eins wird vor dem Wort „wettbewerbsbeschränkendes“ das Wort „sonstiges“ eingefügt.
5. Dem § 19 wird folgender § 18 vorangestellt:

   „§ 18

   Marktbeherrschung

   (1) Ein Unternehmen ist marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt

   1. ohne Wettbewerber ist,
   2. keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder
   3. eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat.

   (2) Der räumlich relevante Markt im Sinne dieses Gesetzes kann weiter sein als der Geltungsbereich dieses Gesetzes.

   (3) Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern ist insbesondere Folgendes zu berücksichtigen:

   1. sein Marktanteil,
   2. seine Finanzkraft,
   3. sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten,
   4. Verflechtungen mit anderen Unternehmen,
   5. rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen,
   6. der tatsächliche oder potentielle Wettbewerb durch Unternehmen, die innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ansässig sind,

7. die Fähigkeit, sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen, sowie
8. die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen.

(4) Es wird vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens 40 Prozent hat.

(5) Zwei oder mehr Unternehmen sind marktbeherrschend, soweit

1. zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und
2. sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllen.

(6) Eine Gesamtheit von Unternehmen gilt als marktbeherrschend, wenn sie

1. aus drei oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von 50 Prozent erreichen, oder
2. aus fünf oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von zwei Dritteln erreichen.

(7) Die Vermutung des Absatzes 6 kann widerlegt werden, wenn die Unternehmen nachweisen, dass

1. die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen oder
2. die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat.“

6. § 19 wird wie folgt geändert:

a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

„§ 19

Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen“.

b) Absatz 2 wird aufgehoben.

c) Der bisherige Absatz 4 wird Absatz 2 und Nummer 1 wird wie folgt gefasst:

„1. ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige Unternehmen;“.

d) Absatz 3 wird wie folgt gefasst:

„(3) Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt auch für Vereinigungen von miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen im Sinne der §§ 2, 3 und 28 Absatz 1 sowie für Unternehmen, die Preise nach § 28 Absatz 2 oder § 30 Absatz 1 Satz 1 binden.“

e) Folgender Absatz 4 wird angefügt:

„(4) Ein Missbrauch liegt auch vor, wenn marktbeherrschende Unternehmen ihre Marktstellung dazu ausnutzen, andere Unternehmen dazu aufzufordern oder zu veranlassen, ihnen ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren.“

7. § 20 wird wie folgt geändert:

a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

„§ 20

Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht“.

b) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 1 und Satz 1 wird wie folgt geändert:

aa) Die Angabe „Absatz 1“ wird durch die Angabe „§ 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1“ ersetzt.

bb) Nach dem Wort „bestehen“ werden die Wörter „(relative Marktmacht)“ eingefügt.

c) Der bisherige Absatz 3 wird Absatz 2 und wie folgt gefasst:

„(2) § 19 Absatz 4 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Unternehmen und für Vereinigungen von Unternehmen im Sinne des § 19 Absatz 3.“

d) Der bisherige Absatz 4 wird Absatz 3.

e) Der bisherige Absatz 5 wird Absatz 4 und die Angabe „Absatzes 4“ wird durch die Angabe „Absatzes 3“ ersetzt.

f) Der bisherige Absatz 6 wird Absatz 5.

8. § 21 Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen anderen Unternehmen keine Nachteile androhen oder zufügen und keine Vorteile versprechen oder gewähren, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach folgenden Vorschriften nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf:

1. nach diesem Gesetz,
2. nach Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder
3. nach einer Verfügung der Europäischen Kommission oder der Kartellbehörde, die auf Grund dieses Gesetzes oder auf Grund der Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union ergangen ist.“

9. § 22 wird wie folgt geändert:

a) In der Überschrift werden die Wörter „Artikeln 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikeln 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.

b) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 werden die Wörter „Artikels 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikels 101 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ und die Wörter „Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Europäischen Union“ ersetzt.

bb) In Satz 2 werden die Wörter „Artikel 81 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikel 101 des Vertra-

ges über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.

c) Absatz 2 wird wie folgt geändert:

aa) Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Die Anwendung der Vorschriften dieses Gesetzes darf gemäß Artikel 3 Absatz 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 nicht zum Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen führen, welche zwar den Handel zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu beeinträchtigen geeignet sind, aber

1. den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union nicht beschränken oder

2. die Bedingungen des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union erfüllen oder

3. durch eine Verordnung zur Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union erfasst sind.“

bb) In Satz 3 werden die Wörter „Artikel 81 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ und die Wörter „europäischen Gemeinschaftsrecht“ durch die Wörter „Recht der Europäischen Union“ ersetzt.

d) In Absatz 3 Satz 1 und 2 werden jeweils die Wörter „Artikel 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikel 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.

e) Absatz 4 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 werden die Wörter „europäischen Gemeinschaftsrechts“ durch die Wörter „Rechts der Europäischen Union“ ersetzt.

bb) In Satz 2 werden die Wörter „Artikeln 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikeln 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.

10. In § 28 Absatz 3 werden die Wörter „Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.

11. § 31 wird durch die folgenden §§ 31 bis 31b ersetzt:

„§ 31

Verträge der Wasserwirtschaft

(1) Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach § 1 gilt nicht für Verträge von Unternehmen der öffentlichen Versorgung mit Wasser (Wasserversorgungsunternehmen) mit

1. anderen Wasserversorgungsunternehmen oder mit Gebietskörperschaften, soweit sich damit ein Vertragsbeteiligter verpflichtet, in einem bestimmten Gebiet eine öffentliche Wasserversorgung über feste Leitungswege zu unterlassen;

2. Gebietskörperschaften, soweit sich damit eine Gebietskörperschaft verpflichtet, die Verlegung und den Betrieb von Leitungen auf oder unter öffentlichen Wegen für eine bestehende oder beabsichtigte unmittelbare öffentliche Wasserversorgung von Letztverbrauchern im Gebiet der Gebietskörperschaft ausschließlich einem Versorgungsunternehmen zu gestatten;

3. Wasserversorgungsunternehmen der Verteilungsstufe, soweit sich damit ein Wasserversorgungsunternehmen der Verteilungsstufe verpflichtet, seine Abnehmer mit Wasser über feste Leitungswege nicht zu ungünstigeren Preisen oder Bedingungen zu versorgen, als sie das zuliefernde Wasserversorgungsunternehmen seinen vergleichbaren Abnehmern gewährt;

4. anderen Wasserversorgungsunternehmen, soweit sie zu dem Zweck abgeschlossen sind, bestimmte Versorgungsleistungen über feste Leitungswege einem oder mehreren Versorgungsunternehmen ausschließlich zur Durchführung der öffentlichen Versorgung zur Verfügung zu stellen.

(2) Verträge nach Absatz 1 sowie ihre Änderungen und Ergänzungen bedürfen der Schriftform.

(3) Durch Verträge nach Absatz 1 oder die Art ihrer Durchführung darf die durch die Freistellung von den Vorschriften dieses Gesetzes erlangte Stellung im Markt nicht missbraucht werden.

(4) Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn

1. das Marktverhalten eines Wasserversorgungsunternehmens den Grundsätzen zuwiderläuft, die für das Marktverhalten von Unternehmen bei wirksamem Wettbewerb bestimmend sind, oder

2. ein Wasserversorgungsunternehmen von seinen Abnehmern ungünstigere Preise oder Geschäftsbedingungen fordert als gleichartige Wasserversorgungsunternehmen, es sei denn, das Wasserversorgungsunternehmen weist nach, dass der Unterschied auf abweichenden Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind; Nummer 1 bleibt unberührt.

§ 31a

Wasserwirtschaft, Meldepflicht

(1) Verträge nach § 31 Absatz 1 Nummer 1, 2 und 4, sowie ihre Änderungen und Ergänzungen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der vollständigen Anmeldung bei der Kartellbehörde. Bei der Anmeldung sind für jedes beteiligte Unternehmen anzugeben:

1. Firma oder sonstige Bezeichnung,

2. Ort der Niederlassung oder Sitz,

3. Rechtsform und Anschrift sowie

4. Name und Anschrift des bestellten Vertreters oder des sonstigen Bevollmächtigten, bei juristischen Personen des gesetzlichen Vertreters.

(2) Die Beendigung oder Aufhebung der in § 31 Absatz 1 Nummer 1, 2 und 4 genannten Verträge ist der Kartellbehörde mitzuteilen.

§ 31b

Wasserwirtschaft, Aufgaben und Befugnisse der Kartellbehörde, Sanktionen

(1) Die Kartellbehörde erteilt zu den nach § 31 Absatz 1 Nummer 1, 2 und 4 freigestellten Verträgen auf Anfrage Auskunft über

1. Angaben nach § 31a und
2. den wesentlichen Inhalt der Verträge und Beschlüsse, insbesondere Angaben über den Zweck, über die beabsichtigten Maßnahmen und über Geltungsdauer, Kündigung, Rücktritt und Austritt.

(2) Die Kartellbehörde erlässt Verfügungen nach diesem Gesetz, die die öffentliche Versorgung mit Wasser über feste Leitungswege betreffen, im Benehmen mit der Fachaufsichtsbehörde.

(3) Die Kartellbehörde kann in Fällen des Missbrauchs nach § 31 Absatz 3

1. die beteiligten Unternehmen verpflichten, einen beanstandeten Missbrauch abzustellen,
2. die beteiligten Unternehmen verpflichten, die Verträge oder Beschlüsse zu ändern, oder
3. die Verträge und Beschlüsse für unwirksam erklären.

(4) Bei einer Entscheidung über eine Maßnahme nach Absatz 3 berücksichtigt die Kartellbehörde Sinn und Zweck der Freistellung und insbesondere das Ziel einer möglichst sicheren und preisgünstigen Versorgung.

(5) Absatz 3 gilt entsprechend, soweit ein Wasserversorgungsunternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehat.

(6) § 19 bleibt unberührt.“

12. § 32 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 werden die Wörter „Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.

b) Absatz 2 wird durch die folgenden Absätze 2 und 2a ersetzt:

„(2) Sie kann ihnen hierzu alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, die gegenüber der festgestellten Zuwiderhandlung verhältnismäßig und für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich sind. Abhilfemaßnahmen struktureller Art können nur in Ermangelung einer verhaltensorientierten Abhilfemaßnahme von gleicher Wirksamkeit festgelegt werden, oder wenn letztere im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen struktureller Art mit einer größeren Belastung für die beteiligten Unternehmen verbunden wäre.

(2a) In der Abstellungsverfügung kann die Kartellbehörde eine Rückerstattung der aus dem kartellrechtswidrigen Verhalten erwirtschafteten Vorteile anordnen. Die in den erwirtschafteten Vorteilen enthaltenen Zinsvorteile können geschätzt werden. Nach Ablauf der in der Abstellungsverfügung bestimmten Frist für die Rückerstattung sind die bis zu diesem Zeitpunkt erwirtschafteten Vorteile entsprechend § 288 Absatz 1 Satz 2 und § 289 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu verzinsen.“

13. In § 32c Satz 1 werden die Wörter „Artikel 81 Abs. 1 oder Artikel 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikel 101 Absatz 1 oder Artikel 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.

14. In § 32d werden die Wörter „Artikel 81 Abs. 3 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.

15. § 32e wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 2 Satz 1 werden die Wörter „Artikels 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikels 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.

b) Absatz 4 wird wie folgt gefasst:

„(4) § 49 Absatz 1 sowie die §§ 57, 59 und 61 gelten entsprechend.“

16. § 33 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 Satz 1 werden die Wörter „Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.

b) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Die Ansprüche aus Absatz 1 können auch geltend gemacht werden von

1. rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, wenn ihnen eine erhebliche Zahl von betroffenen Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 Satz 3 angehört und sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen;
2. Einrichtungen, die nachweisen, dass sie eingetragen sind in
   a) die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 des Unterlassungsklagengesetzes oder
   b) das Verzeichnis der Europäischen Kommission nach Artikel 4 Absatz 3 der Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucher-

interessen (ABl. L 110 vom 1.5.2009, S. 30) in der jeweils geltenden Fassung.“

c) Absatz 4 wird wie folgt geändert:

aa) Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Wird wegen eines Verstoßes gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes oder gegen die Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union Schadensersatz gefordert, ist das Gericht an die Feststellung des Verstoßes gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung der Kartellbehörde, der Europäischen Kommission oder der Wettbewerbsbehörde oder des als solche handelnden Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union getroffen wurde.“

bb) In Satz 3 werden die Wörter „Artikel 234 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikel 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.

d) Absatz 5 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Die Verjährung eines Schadensersatzanspruchs nach Absatz 3 wird gehemmt, wenn ein Verfahren eingeleitet wird

1. von der Kartellbehörde wegen eines Verstoßes im Sinne des Absatzes 1 oder
2. von der Europäischen Kommission oder der Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union wegen eines Verstoßes gegen die Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union.“

17. § 34 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 werden die Wörter „Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.

b) Absatz 2 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Absatz 1 gilt nicht, soweit der wirtschaftliche Vorteil abgeschöpft ist durch

1. Schadensersatzleistungen,
2. Festsetzung der Geldbuße,
3. Anordnung des Verfalls oder
4. Rückerstattung.“

c) In Absatz 5 Satz 2 wird die Angabe „§ 81 Abs. 9“ durch die Angabe „§ 33 Absatz 5“ ersetzt.

18. In § 34a Absatz 1 werden nach dem Wort „Verfall“ die Wörter „ , durch Rückerstattung“ eingefügt.

19. § 35 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Absatz 1 gilt nicht, soweit sich ein Unternehmen, das nicht im Sinne des § 36 Absatz 2 abhängig ist und im letzten Geschäftsjahr weltweit Umsatzerlöse von weniger als 10 Millionen Euro erzielt hat, mit einem anderen Unternehmen zusammenschließt. Satz 1 gilt nicht, soweit durch den Zusammenschluss der Wettbewerb beim Verlag, bei der Herstellung oder beim Vertrieb von Zeitungen oder Zeitschriften oder deren Bestandteilen beschränkt wird.“

b) In Absatz 3 werden die Wörter „Kommission der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Europäische Kommission“ ersetzt.

20. § 36 Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Ein Zusammenschluss, durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen. Dies gilt nicht, wenn

1. die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Verbesserungen die Behinderung des Wettbewerbs überwiegen oder
2. die Untersagungsvoraussetzungen des Satzes 1 auf einem Markt vorliegen, auf dem seit mindestens fünf Jahren Waren oder gewerbliche Leistungen angeboten werden und auf dem im letzten Kalenderjahr weniger als 15 Millionen Euro umgesetzt wurden.“

21. § 38 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 3 wird nach den Wörtern „deren Bestandteilen“ das Komma gestrichen und werden die Wörter „ist das Achtfache, für“ eingefügt.

b) Absatz 5 wird wie folgt gefasst:

„(5) Wird ein Zusammenschluss durch den Erwerb von Teilen eines oder mehrerer Unternehmen bewirkt, so ist unabhängig davon, ob diese Teile eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, auf Seiten des Veräußerers nur der Umsatz oder der Marktanteil zu berücksichtigen, der auf die veräußerten Teile entfällt. Dies gilt nicht, sofern beim Veräußerer die Kontrolle im Sinne des § 37 Absatz 1 Nummer 2 oder 25 Prozent oder mehr der Anteile verbleiben. Zwei oder mehr Erwerbsvorgänge im Sinne von Satz 1, die innerhalb von zwei Jahren zwischen denselben Personen oder Unternehmen getätigt werden, werden als ein einziger Zusammenschluss behandelt, wenn dadurch erstmals die Umsatzschwellen des § 35 erreicht werden; als Zeitpunkt des Zusammenschlusses gilt der letzte Erwerbsvorgang.“

22. § 39 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 werden folgende Sätze angefügt:

„Für den Empfang elektronischer Anmeldungen wird ausschließlich die vom Bundeskartellamt eingerichtete zentrale De-Mail-Adresse im Sinne des De-Mail-Gesetzes oder, für E-Mails mit qualifizierter elektronischer Signatur, die vom Bundeskartellamt eingerichtete zentrale E-Mail-Adresse be-

stimmt. Die beiden Zugänge sind über die Internetseite des Bundeskartellamts erreichbar."

b) In Absatz 4 Satz 1 werden die Wörter „Kommission der Europäischen Gemeinschaft" durch die Wörter „Europäische Kommission" ersetzt.

23. § 40 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 2 werden folgende Sätze angefügt:

„Die Frist nach Satz 2 wird gehemmt, wenn das Bundeskartellamt von einem am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen eine Auskunft nach § 59 erneut anfordern muss, weil das Unternehmen ein vorheriges Auskunftsverlangen nach § 59 aus Umständen, die von ihm zu vertreten sind, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig beantwortet hat. Die Hemmung endet, wenn das Unternehmen dem Bundeskartellamt die Auskunft vollständig übermittelt hat. Die Frist nach Satz 2 verlängert sich um einen Monat, wenn ein anmeldendes Unternehmen in einem Verfahren dem Bundeskartellamt erstmals Vorschläge für Bedingungen oder Auflagen nach Absatz 3 unterbreitet."

b) Absatz 3 wird wie folgt geändert:

aa) Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Die Freigabe kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden, um sicherzustellen, dass die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber dem Bundeskartellamt eingegangen sind, um eine Untersagung abzuwenden."

bb) In Satz 2 wird das Wort „Diese" durch die Wörter „Die Bedingungen und Auflagen" ersetzt.

24. § 41 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 Satz 3 wird wie folgt gefasst:

„Dies gilt nicht

1. für Verträge über Grundstücksgeschäfte, sobald sie durch Eintragung in das Grundbuch rechtswirksam geworden sind,

2. für Verträge über die Umwandlung, Eingliederung oder Gründung eines Unternehmens und für Unternehmensverträge im Sinne der §§ 291 und 292 des Aktiengesetzes, sobald sie durch Eintragung in das zuständige Register rechtswirksam geworden sind, sowie

3. für andere Rechtsgeschäfte, wenn der nicht angemeldete Zusammenschluss nach Vollzug angezeigt und das Entflechtungsverfahren nach Absatz 3 eingestellt wurde, weil die Untersagungsvoraussetzungen nicht vorlagen, oder die Wettbewerbsbeschränkung infolge einer Auflösungsanordnung nach Absatz 3 Satz 2 in Verbindung mit Satz 3 beseitigt wurde oder eine Ministererlaubnis nach § 42 erteilt worden ist."

b) Nach Absatz 1 wird folgender Absatz 1a eingefügt:

„(1a) Absatz 1 steht der Verwirklichung von Erwerbsvorgängen nicht entgegen, bei denen die Kontrolle, Anteile oder wettbewerblich erheblicher Einfluss im Sinne von § 37 Absatz 1 oder 2 von mehreren Veräußerern entweder im Wege eines öffentlichen Übernahmeangebots oder im Wege einer Reihe von Rechtsgeschäften mit Wertpapieren, einschließlich solchen, die in andere zum Handel an einer Börse oder an einem ähnlichen Markt zugelassene Wertpapiere konvertierbar sind, über eine Börse erworben werden, sofern der Zusammenschluss gemäß § 39 unverzüglich beim Bundeskartellamt angemeldet wird und der Erwerber die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte nicht oder nur zur Erhaltung des vollen Wertes seiner Investition auf Grund einer vom Bundeskartellamt nach Absatz 2 erteilten Befreiung ausübt."

25. § 42 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 2 Satz 2 wird die Angabe „§ 40 Abs. 3 und 3a" durch die Wörter „§ 40 Absatz 3 Satz 2 und Absatz 3a" ersetzt.

b) Absatz 3 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 werden nach dem Wort „Untersagung" die Wörter „oder einer Auflösungsanordnung nach § 41 Absatz 3 ohne vorherige Untersagung" eingefügt.

bb) Folgender Satz wird angefügt:

„Wird die Auflösungsanordnung nach § 41 Absatz 3 Satz 1 angefochten, beginnt die Frist zu dem Zeitpunkt, zu dem die Auflösungsanordnung unanfechtbar wird."

26. § 43 Absatz 2 wird wie folgt geändert:

a) Nummer 2 wird wie folgt gefasst:

„2. die Ministererlaubnis, deren Widerruf, Änderung oder Ablehnung,".

b) Nummer 3 wird wie folgt gefasst:

„3. die Rücknahme, der Widerruf oder die Änderung der Freigabe des Bundeskartellamts,".

27. § 50 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 werden die Wörter „Artikel 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft" durch die Wörter „Artikel 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union" ersetzt.

b) Absatz 2 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Wenden die obersten Landesbehörden die Artikel 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union an, erfolgt der Geschäftsverkehr mit der Europäischen Kommission oder den Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union über das Bundeskartellamt."

c) Absatz 3 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Zuständige Wettbewerbsbehörde für die Mitwirkung an Verfahren der Europäischen Kommission oder der Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Anwendung der Artikel 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union ist das Bundeskartellamt."

d) Absatz 4 wird wie folgt gefasst:

„(4) Das Bundeskartellamt kann den Bediensteten der Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaats der Europäischen Union und anderen von dieser Wettbewerbsbehörde ermächtigten Begleitpersonen gestatten, an Durchsuchungen und Vernehmungen nach Artikel 22 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 mitzuwirken.“

e) Absatz 5 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„In anderen als in den Absätzen 1 bis 4 bezeichneten Fällen nimmt das Bundeskartellamt die Aufgaben wahr, die den Behörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union in den Artikeln 104 und 105 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union sowie in Verordnungen nach Artikel 103 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, auch in Verbindung mit Artikel 43 Absatz 2, Artikel 100 Absatz 2, Artikel 105 Absatz 3 und Artikel 352 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, übertragen sind.“

28. § 50a wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Die Kartellbehörde ist gemäß Artikel 12 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 befugt, der Europäischen Kommission und den Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union zum Zweck der Anwendung der Artikel 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union

1. tatsächliche und rechtliche Umstände einschließlich vertraulicher Angaben, insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, mitzuteilen und entsprechende Dokumente und Daten zu übermitteln sowie

2. diese Wettbewerbsbehörden um die Übermittlung von Informationen nach Nummer 1 zu ersuchen, diese zu empfangen und als Beweismittel zu verwenden.“

b) In Absatz 2 Satz 1 und Absatz 3 Satz 1 werden jeweils die Wörter „Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.

29. In § 50b Absatz 1 werden die Wörter „Kommission der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Europäischen Kommission“ ersetzt.

30. In § 50c Absatz 2 Satz 1 werden nach dem Wort „Bundesbank“ ein Komma und die Wörter „den zuständigen Aufsichtsbehörden nach § 90 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch“ eingefügt.

31. § 58 Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Die Kartellbehörde soll binnen drei Tagen die gerichtliche Bestätigung bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, beantragen, wenn bei der Beschlagnahme weder der davon Betroffene noch ein erwachsener Angehöriger anwesend war oder wenn der Betroffene und im Falle seiner Abwesenheit ein erwachsener Angehöriger des Betroffenen gegen die Beschlagnahme ausdrücklich Widerspruch erhoben hat.“

32. § 59 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:

„Die Kartellbehörde kann vorgeben, in welcher Form die Angaben nach den Sätzen 1 und 2 zu erteilen sind; insbesondere kann sie vorgeben, dass eine Internetplattform zur Eingabe der Angaben verwendet werden muss.“

b) In Absatz 4 Satz 1 werden die Wörter „die Durchsuchung erfolgen soll“ durch die Wörter „die Kartellbehörde ihren Sitz hat“ ersetzt.

c) Absatz 5 wird wie folgt gefasst:

„(5) Für die zur Auskunft verpflichtete Person gilt § 55 der Strafprozessordnung entsprechend.“

33. In § 60 Nummer 1 wird vor der Angabe „§ 40 Abs. 2“ die Angabe „§ 31b Absatz 3,“ eingefügt.

34. In § 61 Absatz 1 Satz 3 werden nach dem Wort „der“ die Wörter „im Inland ansässigen“ eingefügt.

35. In § 64 Absatz 1 Nummer 2 werden nach der Angabe „§ 30 Abs. 3“ die Wörter „ , § 31b Absatz 3, § 32 Absatz 2a Satz 1“ eingefügt.

36. § 80 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) In Nummer 1 werden vor der Angabe „§ 39 Abs. 1“ die Wörter „§ 31a Absatz 1 und“ eingefügt.

bb) In Nummer 2 werden nach der Angabe „30 Abs. 3,“ die Angabe „§ 31b Absatz 3,“ und nach der Angabe „32d“ die Angabe „ , 34“ eingefügt.

cc) Nummer 3 wird wie folgt gefasst:

„3. Einstellungen des Entflechtungsverfahrens nach § 41 Absatz 3;“.

dd) Die bisherige Nummer 3 wird Nummer 4.

b) Absatz 2 wird wie folgt geändert:

aa) Nummer 2 wird wie folgt gefasst:

„2. 25 000 Euro in den Fällen des § 31b Absatz 3, der §§ 32 und 32b Absatz 1 sowie der §§ 32c, 32d, 34 und 41 Absatz 2 Satz 1 und 2;“.

bb) Nummer 3 wird aufgehoben.

cc) In Nummer 4 wird nach der Angabe „§ 26 Abs. 1 und 2“ das Wort „und“ durch ein Komma ersetzt und werden nach der Angabe „§ 30 Abs. 3“ die Wörter „und § 31a Absatz 1“ eingefügt.

dd) In Nummer 5 wird die Angabe „Nr. 3“ durch die Wörter „Satz 2 Nummer 4“ ersetzt.

c) In Absatz 4 Nummer 3 werden nach der Angabe „§ 36 Abs. 1“ die Wörter „oder § 41 Absatz 3“ eingefügt.

d) In Absatz 6 Nummer 3 wird die Angabe „Nr. 3“ durch die Angabe „Nummer 4“ ersetzt.

37. § 81 Absatz 2 wird wie folgt geändert:

    a) Nummer 1 wird wie folgt gefasst:

       „1. einer Vorschrift der §§ 1, 19, 20 Absatz 1 bis 3 Satz 1 oder Absatz 5, § 21 Absatz 3 oder 4, § 29 Satz 1 oder § 41 Absatz 1 Satz 1 über das Verbot einer dort genannten Vereinbarung, eines dort genannten Beschlusses, einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise, der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, einer Marktstellung oder einer überlegenen Marktmacht, einer unbilligen Behinderung oder unterschiedlichen Behandlung, der Ablehnung der Aufnahme eines Unternehmens, der Ausübung eines Zwangs, der Zufügung eines wirtschaftlichen Nachteils oder des Vollzugs eines Zusammenschlusses zuwiderhandelt,“.

    b) In Nummer 2 Buchstabe a wird nach der Angabe „§ 30 Abs. 3,“ die Angabe „§ 31b Absatz 3,“ eingefügt.

    c) In Nummer 5 wird am Ende der Vorschrift das Wort „oder“ durch ein Komma ersetzt.

    d) In Nummer 6 wird am Ende der Vorschrift der Punkt durch das Wort „oder“ ersetzt.

    e) Folgende Nummer 7 wird angefügt:

       „7. entgegen § 81a Absatz 1 Satz 1 eine Auskunft nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erteilt oder eine Unterlage nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig herausgibt.“

38. Nach § 81 wird folgender § 81a eingefügt:

„§ 81a

Auskunftspflichten

(1) Kommt die Festsetzung einer Geldbuße nach § 81 Absatz 4 Satz 2 und 3 gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung in Betracht, muss diese gegenüber der Verwaltungsbehörde nach § 81 Absatz 10 auf Verlangen Auskunft erteilen über

1. den Gesamtumsatz des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung in dem Geschäftsjahr, das für die Behördenentscheidung nach § 81 Absatz 4 Satz 2 voraussichtlich maßgeblich sein wird oder maßgeblich war, sowie in den vorausgehenden fünf Geschäftsjahren,

2. die Umsätze des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung, die mit allen, mit bestimmten oder nach abstrakten Merkmalen bestimmbaren Kunden oder Produkten innerhalb eines bestimmten oder bestimmbaren Zeitraums erzielt wurden,

und Unterlagen herausgeben. Bei der Ermittlung des Gesamtumsatzes und der Umsätze gilt § 81 Absatz 4 Satz 3. § 136 Absatz 1 Satz 2 und § 163a Absatz 3 und 4 der Strafprozessordnung finden insoweit keine sinngemäße Anwendung.

(2) Absatz 1 gilt für die Erteilung einer Auskunft oder die Herausgabe von Unterlagen an das Gericht entsprechend.

(3) Die für die juristische Person oder für die Personenvereinigung handelnde natürliche Person kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung sie selbst oder einen der in § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen der Gefahr aussetzen würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden; hierüber ist die für die juristische Person oder Personenvereinigung handelnde natürliche Person zu belehren. § 56 der Strafprozessordnung ist entsprechend anzuwenden. Die Sätze 1 und 2 gelten in Ansehung der Herausgabe von Unterlagen entsprechend.“

39. In § 87 Satz 1 und 2 werden jeweils die Wörter „Artikels 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikels 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.

40. In § 90 Absatz 1 Satz 3 werden die Wörter „Artikels 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikels 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.

41. § 90a wird wie folgt gefasst:

„§ 90a

Zusammenarbeit der Gerichte mit der Europäischen Kommission und den Kartellbehörden

(1) In allen gerichtlichen Verfahren, in denen die Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union zur Anwendung kommt, übermittelt das Gericht der Europäischen Kommission über das Bundeskartellamt eine Abschrift jeder Entscheidung unverzüglich nach deren Zustellung an die Parteien. Das Bundeskartellamt darf der Europäischen Kommission die Unterlagen übermitteln, die es nach § 90 Absatz 1 Satz 2 erhalten hat.

(2) Die Europäische Kommission kann in Verfahren nach Absatz 1 aus eigener Initiative dem Gericht schriftliche Stellungnahmen übermitteln. Das Gericht übermittelt der Europäischen Kommission alle zur Beurteilung des Falls notwendigen Schriftstücke, wenn diese darum nach Artikel 15 Absatz 3 Satz 5 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 ersucht. Das Gericht übermittelt dem Bundeskartellamt und den Parteien eine Kopie einer Stellungnahme der Europäischen Kommission nach Artikel 15 Absatz 3 Satz 3 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003. Die Europäische Kommission kann in der mündlichen Verhandlung auch mündlich Stellung nehmen.

(3) Das Gericht kann in Verfahren nach Absatz 1 die Europäische Kommission um die Übermittlung ihr vorliegender Informationen oder um Stellungnahmen zu Fragen bitten, die die Anwendung der Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union betreffen. Das Gericht unterrichtet die Parteien über ein Ersuchen nach Satz 1 und übermittelt diesen und dem Bundeskartellamt eine Kopie der Antwort der Europäischen Kommission.

(4) In den Fällen der Absätze 2 und 3 kann der Geschäftsverkehr zwischen dem Gericht und der Europä-

ischen Kommission auch über das Bundeskartellamt erfolgen.“

42. In § 127 Nummer 8 werden nach den Wörtern „Europäischen Gemeinschaft“ die Wörter „oder der Europäischen Union“ eingefügt.

43. § 129 Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Erhält die Bundesregierung im Laufe eines Vergabeverfahrens vor Abschluss des Vertrages eine Mitteilung der Europäischen Kommission, dass diese der Auffassung ist, es liege ein schwerer Verstoß gegen das Recht der Europäischen Union im Bereich der öffentlichen Aufträge vor, der zu beseitigen sei, teilt das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie dies dem Auftraggeber mit.“

44. § 131 wird wie folgt geändert:

a) Die Absätze 1 bis 6 werden aufgehoben.

b) Der bisherige Absatz 7 wird Absatz 1 und die Angabe „2012“ wird durch die Angabe „2017“ ersetzt.

c) Die bisherigen Absätze 8 und 9 werden die Absätze 2 und 3.

Artikel 2

Weitere Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

§ 20 Absatz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114; 2009 I S. 3850), das zuletzt durch Artikel 1 dieses Gesetzes geändert worden ist, wird wie folgt gefasst:

„(3) Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht dürfen ihre Marktmacht nicht dazu ausnutzen, solche Wettbewerber unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern. Eine unbillige Behinderung im Sinne des Satzes 1 liegt insbesondere vor, wenn ein Unternehmen

1. Waren oder gewerbliche Leistungen nicht nur gelegentlich unter Einstandspreis anbietet oder

2. von kleinen oder mittleren Unternehmen, mit denen es auf dem nachgelagerten Markt beim Vertrieb von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb steht, für deren Lieferung einen höheren Preis fordert, als es selbst auf diesem Markt anbietet,

es sei denn, dies ist jeweils sachlich gerechtfertigt.“

Artikel 3

Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch

Das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung – (Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Dezember 1988, BGBl. I S. 2477, 2482), das durch Artikel 3 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3057) zuletzt geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Dem § 4 Absatz 3 werden die folgenden Sätze angefügt:

„Für das Verhältnis der Krankenkassen und ihrer Verbände untereinander und zu den Versicherten gelten die §§ 1 bis 3, 19 bis 21, 32 bis 34a, 48 bis 80 und 81 Absatz 2 Nummer 1, 2a und 6, Absatz 3 Nummer 1 und 2, Absatz 4 bis 10 sowie die §§ 82 bis 95 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend. Satz 2 gilt nicht für Verträge, sonstige Vereinbarungen, Beschlüsse, Empfehlungen, Richtlinien oder sonstige Entscheidungen von Krankenkassen oder deren Verbänden, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind, sowie für Beschlüsse, Empfehlungen, Richtlinien oder sonstige Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses, zu denen er gesetzlich verpflichtet ist. Krankenkassen können die Unterlassung unzulässiger Werbemaßnahmen von anderen Krankenkassen verlangen; § 12 Absatz 1 bis 3 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb gilt entsprechend.“

2. Nach § 172 wird folgender § 172a eingefügt:

„§ 172a

Anwendung der Regelungen über die Zusammenschlusskontrolle bei Vereinigungen von Krankenkassen

(1) Bei der freiwilligen Vereinigung von Krankenkassen finden die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle nach dem Siebten Abschnitt des Ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nach Maßgabe des Absatzes 2 sowie der §§ 48 bis 80, 81 Absatz 2, 3 Nummer 3, Absatz 4 bis 10 und der §§ 82 bis 95 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechende Anwendung.

(2) Finden die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle Anwendung, darf die Genehmigung nach § 144 Absatz 3 erst erfolgen, wenn das Bundeskartellamt die Vereinigung nach § 40 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen freigegeben hat oder sie als freigegeben gilt. Hat der Vorstand einer an der Vereinigung beteiligten Krankenkasse eine Anzeige nach § 171b Absatz 2 Satz 1 abgegeben, beträgt die Frist nach § 40 Absatz 2 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sechs Wochen. Neben die obersten Landesbehörden nach § 40 Absatz 4 und § 42 Absatz 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen treten die zuständigen Aufsichtsbehörden nach § 90 des Vierten Buches. § 41 Absatz 3 und 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gilt nicht.“

Artikel 4

Änderungen anderer Rechtsvorschriften

(1) In § 115 Absatz 1 Satz 3 des Energiewirtschaftsgesetzes vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 16. Januar 2012 (BGBl. I S. 74) geändert worden ist, wird die Angabe „§ 20 Abs. 1“ durch die Wörter „§ 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 und Absatz 3“ ersetzt.

(2) In § 4 Nummer 6 des Postgesetzes vom 22. Dezember 1997 (BGBl. I S. 3294), das zuletzt durch Artikel 272 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407) geändert worden ist, wird die Angabe „§ 19“ durch die Angabe „§ 18“ ersetzt.

(3) In § 5 Satz 2 der Mineralölausgleichs-Verordnung vom 13. Dezember 1985 (BGBl. I S. 2267), die zuletzt durch

Artikel 49 des Gesetzes vom 21. Dezember 2000 (BGBl. I S. 1956) geändert worden ist, werden die Wörter „des § 20 Abs. 1 und 2“ durch die Wörter „des § 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 und Absatz 3 und § 20 Absatz 1“ ersetzt.

(4) In § 12 Absatz 7 Satz 3 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes vom 27. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2378, 2396; 1994 I S. 2439), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 122 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3044) geändert worden ist, wird die Angabe „§ 20 Abs. 1“ durch die Wörter „§ 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 und Absatz 3“ ersetzt.

(5) In § 8 Absatz 3 Satz 9 des Personenbeförderungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. August 1990 (BGBl. I S. 1690), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. November 2011 (BGBl. I S. 2272) geändert worden ist, wird die Angabe „§ 20 Abs. 1“ durch die Wörter „§ 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 und Absatz 3“ ersetzt.

(6) In § 150a Absatz 1 Nummer 4 der Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 15. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2714) geändert worden ist, wird nach dem Wort „Arbeitnehmer-Entsendegesetzes“ das Wort „und“ durch ein Komma ersetzt und werden nach dem Wort „Mindestarbeitsbedingungengesetzes,“ die Wörter „und § 81 Absatz 1 bis 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen,“ eingefügt.

(7) In § 95 Absatz 2 Nummer 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 1975 (BGBl. I S. 1077), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 7. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2582) geändert worden ist, werden nach dem Wort „Wettbewerbsbeschränkungen“ die Wörter „, es sei denn, es handelt sich um kartellrechtliche Schadensersatzansprüche,“ eingefügt.

(8) In § 51 Absatz 3 des Sozialgerichtsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 1975 (BGBl. I S. 2535), das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3057) geändert worden ist, werden die Wörter „Rechtsbeziehungen nach § 69“ durch die Wörter „die Anwendung des § 4 Absatz 3 Satz 2, des § 69 oder des § 172a“ ersetzt.

Artikel 5

Neubekanntmachung

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie kann den Wortlaut des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der vom 1. Januar 2013 an geltenden Fassung im Bundesgesetzblatt neu bekannt machen.

Artikel 6

Inkrafttreten, Außerkrafttreten

Dieses Gesetz tritt vorbehaltlich von Satz 3 am 1. Januar 2013 in Kraft. Gleichzeitig tritt Artikel 1a des Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2966) außer Kraft. Artikel 2 tritt am 1. Januar 2018 in Kraft.

Begründung

A. Allgemeiner Teil

1. Vorgeschichte

Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP vom 26. Oktober 2009 enthält eine Reihe von wettbewerbspolitischen Aufträgen sowie Vorgaben für eine Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Die Bundesregierung hat entsprechend den Vorgaben des Koalitionsvertrags in ihrem Jahreswirtschaftsbericht 2011 angekündigt, die wettbewerblichen Rahmenbedingungen weiter zu verbessern, insbesondere im Bereich der Fusionskontrolle, der Missbrauchsaufsicht, der Bußgeldvorschriften und des Verfahrens bei Kartellverstößen. Zu diesem Zweck hat sie die bestehenden Regelungen des GWB eingehend überprüft. Fachlich begleitet wurde die Prüfung von einer im Juni 2010 eingesetzten „Expertengruppe 8. GWB-Novelle“. Am 2. August 2011 veröffentlichte das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie Eckpunkte einer 8. GWB-Novelle. Am 4. November 2011 veröffentlichte das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie den Referentenentwurf für ein Achtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Den beteiligten Bundesressorts, den Ländern und betroffenen Verbänden wurde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Bundesressorts haben dem Entwurf zugestimmt. Mit den betroffenen Verbänden ist der Entwurf in einer Anhörung am 8. Dezember 2011 eingehend erörtert worden. Die Monopolkommission hat in ihrem 63. Sondergutachten zum Referentenentwurf Stellung genommen und ihre Stellungnahme am 1. Februar 2012 der Bundesregierung zugeleitet. Die Monopolkommission bewertet in ihrem Sondergutachten den Referentenentwurf sehr positiv und begrüßt den weitaus größten Teil der vorgeschlagenen Regelungen.

2. Ziele des Gesetzes

Das GWB hat sich mit seinen allgemeinen, sektorübergreifend geltenden kartellrechtlichen Vorschriften in der Praxis bewährt. Grundlegender, konzeptioneller Änderungsbedarf besteht deshalb nicht. Die Zusammenarbeit im Netzwerk zwischen nationalen und europäischen Wettbewerbsbehörden hat sich, trotz teilweise unterschiedlicher wettbewerbsrechtlicher Regelungen, gut entwickelt. Gleichwohl soll das GWB mit der 8. Novelle weiter modernisiert und optimiert sowie seine Durchsetzung noch effizienter gestaltet werden. Die Neuregelung zielt darauf ab, Unterschiede zwischen deutscher und europäischer Fusionskontrolle weiter zu verringern, um eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene zu ermöglichen. Gleichzeitig erweitert die Novelle angemessen den Handlungsspielraum kleiner und mittlerer Presseunternehmen. Die Missbrauchsvorschriften werden einfacher, verständlicher und damit anwenderfreundlicher gestaltet. Die Position der Verbraucherverbände wird durch eine angemessene Beteiligung an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung verbessert. Schließlich wird das kartellrechtliche Bußgeldverfahren effizienter gestaltet und sichergestellt, dass das wettbewerbliche Handeln der Krankenkassen dem Kartellrecht unterliegt.

3. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Novellierung des GWB beruht auf Artikel 74 Absatz 1 Nummer 16 (Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung) und Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 (gerichtliches Verfahren) des Grundgesetzes.

4. Erfüllungsaufwand

Der Gesetzesentwurf leistet einen Beitrag zur Reduzierung der Bürokratiekosten. Insgesamt werden durch die 8. Novellierung des GWB jährliche Kosten in Höhe von etwa 501 000 Euro eingespart. Dem stehen einmalige Umstellungskosten in Höhe von ca. 100 000 Euro gegenüber.

a) Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Für die Bürgerinnen und Bürger ergibt sich durch das Gesetz kein zusätzlicher Erfüllungsaufwand.

b) Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

aa) § 38 Absatz 3

Die Erhöhung der gesetzlichen Aufgreifschwelle in der Pressefusionskontrolle durch § 38 Absatz 3 führt zu einer Entlastung der Wirtschaft, da zukünftig weniger Pressefusionen beim Bundeskartellamt angemeldet werden müssen. Es ist mit einer Reduzierung des Erfüllungsaufwandes von ca. 12 000 Euro zu rechnen. In der Vergangenheit wurden im Schnitt 51 Pressefusionen pro Jahr beim Bundeskartellamt angemeldet (davon 48,5 Vorprüfverfahren, 2,5 Hauptprüfverfahren). Durch die Anhebung der Aufgreifschwelle sind in Zukunft ca. 20 Prüfung der Pressefusionen (zehn Zusammenschlüsse) nicht mehr beim Bundeskartellamt anzumelden, da sie die gesetzlichen Umsatzschwellen nicht erreichen. Damit entfallen pro Fusion durchschnittliche Kosten von ca. 1 200 Euro für die Wirtschaft (vergleiche die bestehende Informationspflicht 200611020846174), insgesamt also 12 000 Euro.

bb) § 39 Absatz 1

Das Gesetz führt durch die Vorgabe in § 39 Absatz 1 eine neue Informationspflicht für die Unternehmen ein, die in der Vergangenheit Zusammenschlüsse per einfacher E-Mail angemeldet haben. Sie müssen nunmehr bei einer elektronischen Anmeldung entweder eine De-Mail beziehungsweise E-Mail mit qualifizierter elektronischer Signatur benutzen oder dem Bundeskartellamt die Anmeldung per Post oder Telefax übermitteln. Da Anmeldungen per einfacher E-Mail in der Vergangenheit nur einen sehr geringen Anteil an der Gesamtzahl der Anmeldungen beim Bundeskartellamt ausgemacht haben, sind mögliche Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand zu vernachlässigen.

cc) § 59 Absatz 1

Der neue § 59 Absatz 1 ermächtigt die Kartellbehörden dazu, den Unternehmen bei Auskunftsverlangen vorzugeben, ihre Antworten über eine Internetplattform zu geben und ändert damit die bestehende Informationspflicht mit der Identi-

fikationsnummer 200611020846177 ab. Für die betroffenen Unternehmen bedeutet die webbasierte Datenerhebung eine erhebliche Zeitersparnis gegenüber der persönlichen beziehungsweise schriftlichen Übermittlung sowie bei der generellen Aufbereitung der Daten, die mit 10 Prozent angesetzt wird. Zudem kann durch im System hinterlegte Plausibilitätsprüfungen die Fehlerquote und der daraus resultierende Aufwand für die Nachbereitung verringert werden. Es wird mittelfristig voraussichtlich 20 Fälle pro Jahr geben, in deren Rahmen bei jeweils rund 100 Unternehmen Auskünfte auf elektronischem Weg eingefordert werden. Von den bisher 4 500 Fällen, in denen von Unternehmen Auskünfte gefordert wurden, wird also in 2 000 Fällen eine Aufwandsverringerung eintreten. Von diesen 2 000 Fällen werden in ca. 150 Fällen die Auskünfte durch einen Anwalt erteilt (Segment A) und in 1 850 Fällen durch die Unternehmen selbst. Es ist infolgedessen mit einer Verringerung des Erfüllungsaufwands von 325 000 Euro zu rechnen, der sich aus nachfolgender Berechnung ergibt:

ID-IP 200611020846177		Fallzahl	Summe Standardzeit in Minuten	Lohnsatz in Euro	Zusatzkosten in Euro	Belastung in Tsd. Euro	Änderung in Tsd. Euro
Segment A (Auskunft durch Anwalt)	alt	1 500	240	30,2	4 800	**7 381**	
	neu	150	216	30,2	4 320	664	
		1 350	240	30,2	4 800	6 643	
					Summe:	**7 307**	–74
Segment B (Auskunft durch Unternehmen selbst)	alt	3 000	1 920	42,37		**4 068**	
	neu	1 850	1 728	42,37		2 257	
		1 150	1 920	42,37		1 559	
					Summe:	**3 817**	–251

dd) § 81a

§ 81a führt eine weitere Informationspflicht für die Wirtschaft ein. Er sieht eine Auskunftspflicht für juristische Personen und Personenvereinigungen für bestimmte unternehmens- und marktbezogene Daten vor, die für die Bestimmung der Geldbuße erforderlich sind. Durch diese Informationspflicht verringert sich der Erfüllungsaufwand für die Unternehmen um insgesamt 20 500 Euro, da die zur Beschaffung dieser Daten in der Vergangenheit erforderlichen Durchsuchungen von Unternehmen zukünftig wegfallen. Die Erfahrungen des Bundeskartellamtes zeigen, dass eine Durchsuchung die Betriebsabläufe im Unternehmen erheblich beeinträchtigt. Neben Mitarbeitern der zu untersuchenden Abteilung sind oft auch die Geschäftsleitung und unter Umständen die Rechtsabteilung beteiligt. Daher wird das Unternehmen sich auf diese Untersuchung einstellen, was durchschnittlich folgende Kosten verursacht:

2 Personen (hohe Qualifikation) × 1 Arbeitstag × 8 Stunden × 42,70 Euro = 683 Euro

Unter der Annahme, dass mindestens vier Personen im betroffenen Unternehmen unmittelbar an der Durchsuchung beteiligt wären, sind die weiteren Einsparungen in den Unternehmen durch Wegfall der Durchsuchung wie folgt zu beziffern:

4 Personen (hohe Qualifikation) × 1 Arbeitstag × 8 Stunden × 42,70 Euro = 1 366 Euro

Durch den zukünftigen Wegfall einer Durchsuchung ergibt sich für die betroffenen Unternehmen ein Einsparpotential von rund 2 050 Euro pro Unternehmen – bei zehn Fällen pro Jahr sind dies insgesamt 20 500 Euro Einsparung. Durch den Wegfall der Durchsuchung entsteht zwar ein Aufwand der betroffenen Unternehmen, die angeforderten Informationen zusammenzustellen und an das Bundeskartellamt zu übermitteln. Dieser Aufwand ist im Hinblick auf den Erfüllungsaufwand aber zu vernachlässigen, da die Informationen ohnehin dem Bundeskartellamt zur Verfügung gestellt werden müssen.

c) Erfüllungsaufwand für die Verwaltung

aa) § 38 Absatz 3

Die Änderung in der Pressefusionskontrolle (§ 38 Absatz 3) verringert durch sinkende Fallzahlen den Arbeitsaufwand des Bundeskartellamtes. Es ist mit einer Verminderung des Erfüllungsaufwandes von ca. 32 000 Euro zu rechnen. Durch die Verringerung der künftigen Pressefusionsfälle um 20 Prozent fallen im Schnitt 0,5 Haupt- und 10 Vorprüfverfahren in diesem Bereich weg. Das führt zu folgender Kosteneinsparung bei der Verwaltung (auf der Basis der durchschnittlichen Kosten für die Durchführung eines Fusionskontrollverfahrens):

Hauptprüfverfahren

67 Arbeitstage (hD) × 8 Stunden × 52,30 Euro + 16,5 Arbeitstage (gD) × 8 Stunden × 32,10 Euro + 16,5 Arbeitstage (mD) × 8 Stunden × 24,50 Euro) × 0,5 (eingesparte Fallzahl Hauptprüfverfahren) = –17 750 Euro

Vorprüfverfahren

2,7 Arbeitstage (hD) × 8 Stunden × 52,30 Euro + 0,7 Arbeitstage (gD) × 8 Stunden × 32,10 Euro + 0,7 Arbeitstage (mD) × 8 Stunden × 24,50 Euro) × 9,7 (eingesparte Fallzahl Vorprüfverfahren) = –14 030 Euro

bb) § 59 Absatz 1

Die durch § 59 Absatz 1 verankerte internetbasierte Datenerhebung lässt nach anfänglichem Mehraufwand für die Errichtung der Internetplattform Einsparungen bei den Verwaltungsprozessen erwarten. Der Erfüllungsaufwand wird sich um voraussichtlich 64 800 Euro verringern. Einmalige Umstellungskosten für das Einrichten des IT-Systems werden mit rund 100 000 Euro, jährliche Betriebskosten für das IT-System mit etwa 10 000 Euro angesetzt. Die Erfassung der Daten und Unterlagen nimmt durchschnittlich pro Unternehmen eine Stunde in Anspruch, so dass – hochgerechnet für 100 Unternehmen pro Fall – mit einer Zeitersparnis von 100 Stunden pro Fall zu rechnen ist. Die Einsparung an Personalkosten beträgt also insgesamt:

20 Fälle × 100 Stunden × 32,40 Euro (Durchschnitt Bund) = 64 800 Euro

cc) § 81a

Die durch § 81a eingeführte Einschränkung des bestehenden Auskunftsverweigerungsrechts verringert gleichzeitig den Erfüllungsaufwand für die Kartellbehörden. Sie können die Unternehmen verpflichten, die entsprechenden Informationen zu überlassen. Durchsuchungen, die einen hohen zeitlichen und personellen Aufwand bedeuten, entfallen. Es ist mit einer Verringerung des Erfüllungsaufwands von insgesamt 46 650 Euro zu rechnen: Eine mittlere Durchsuchungsaktion wird meist mit ca. zehn Mitarbeitern durchgeführt. Hinzu kommt ein erheblicher personeller Aufwand für die Vor- und Nachbereitung.

Vorbereitung: 2 Personen (Durchschnitt Bund) × 1 Arbeitstag × 8 Stunden × 32,40 Euro = 518 Euro

Durchführung: 10 Personen (Durchschnitt Bund) × 1 Arbeitstag × 8 Stunden × 32,40 Euro = 2 592 Euro

Nachbereitung: 2 Personen (Durchschnitt Bund) × 3 Arbeitstage × 8 Stunden × 32,40 Euro = 1 555 Euro

Damit ergibt sich, ein Einsparpotential von rund 4 665 Euro pro Durchsuchung – bei zehn Fällen pro Jahr sind dies 46 650 Euro.

5. Grundzüge der Novellierung

a) Fusionskontrolle

Zwischen der deutschen und der europäischen Fusionskontrolle bestehen trotz des grundsätzlich übereinstimmenden Ansatzes Unterschiede. Eine Angleichung der materiellen Regelungen wurde in der 7. GWB-Novelle nicht vorgenommen, da bei ihrer Verabschiedung im Jahr 2005 die novellierte Fassung der europäischen Fusionskontrollverordnung (Verordnung (EG) Nummer 139/2004 vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FKVO)) erst kurze Zeit in Kraft war. Daher lagen auf europäischer Ebene noch keine ausreichenden Erfahrungen, insbesondere mit dem geänderten Untersagungskriterium, vor. Inzwischen hat sich die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission gefestigt. Darüber hinaus hat das Bundeskartellamt in den letzten Jahren seine ökonomischen Methoden stärker ausgebaut. Vor diesem Hintergrund ist es sinnvoll, weitere Elemente der europäischen Fusionskontrolle zu übernehmen.

Das seit 2004 maßgebliche materielle Untersagungskriterium der europäischen FKVO, die „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ („significant impediment to effective competition“, so genannter SIEC-Test), wird in das GWB übernommen. Nach derzeit geltendem Recht muss das Bundeskartellamt einen Zusammenschluss untersagen, wenn zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt (§ 36 Absatz 1). Dieser Prüfungsmaßstab entsprach bis 2004 weitgehend dem der europäischen Fusionskontrolle. Das Marktbeherrschungskriterium war auch dort das entscheidende Untersagungskriterium. Seit 2004 ist die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in der europäischen Fusionskontrolle nur noch ein Regelbeispiel für die Generalklausel der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs. Die Übernahme des SIEC-Tests erlaubt eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene. Darüber hinaus kann die deutsche Rechtsanwendungspraxis dadurch die Entwicklungen in der Fusionskontrolle innerhalb und außerhalb der Europäischen Union besser mitgestalten. Der SIEC-Test ist mittlerweile in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union das häufigste materielle Prüfkriterium.

Weiterhin wird die Regelung über Nebenbestimmungen in Freigabeentscheidungen (§ 40 Absatz 3) an das europäische Recht angeglichen. Dabei bleibt die Gewährleistung einer effektiven Kontrolle durch das Bundeskartellamt eine wesentliche Voraussetzung für die Eignung angebotener Zusagen zur Lösung des Wettbewerbsproblems.

Weitere Angleichungen betreffen das Fusionskontrollverfahren. Die Einführung einer Zweiten Inlandsumsatzschwelle von 5 Mio. Euro (§ 35 Absatz 1 Nummer 2) im Jahr 2009 hat die Anmeldepflicht für Zusammenschlussvorhaben und die damit verbundenen Transaktionskosten für die Unternehmen sowie die Verwaltungskosten für das Bundeskartellamt deutlich reduziert. Mit diesem Ziel nicht vereinbar wäre allerdings die Aufspaltung größerer Transaktionen in mehrere kleinere, zeitlich versetzte Erwerbsvorgänge mit der Absicht, die Fusionskontrolle zu umgehen. Um solche Strategien zu verhindern, wird entsprechend der Regelung in der europäischen Fusionskontrolle (Artikel 5 Absatz 2 Satz 2 FKVO) eine Zusammenrechnungsklausel eingeführt.

Die Prüffrist für das Bundeskartellamt verlängert sich zukünftig automatisch um einen Monat, wenn anmeldende Unternehmen erstmalig Vorschläge für Zusagen unterbreiten (§ 40 Absatz 2 Satz 7). Das entspricht der europäischen Regelung (Artikel 10 Absatz 1 und 3 FKVO). In der Praxis hat sich gezeigt, dass eine Beurteilung von Zusagenvorschlägen innerhalb der Viermonatsfrist ab Anmeldung selten möglich ist.

Nach europäischem Fusionskontrollrecht gilt das generelle Vollzugsverbot von Zusammenschlüssen vor ihrer Freigabe nicht für den Anteilserwerb im Wege eines öffentlichen Übernahmeangebots, wenn die Stimmrechte nicht ausgeübt werden (Artikel 7 Absatz 2 FKVO). Da bei öffentlichen Übernahmeangeboten teilweise sehr kurze Fristen zu beachten sind, wird eine entsprechende Regelung in das GWB eingefügt (§ 41 Absatz 1a).

Vom europäischen Recht abweichende Elemente, die sich in der deutschen Praxis bisher grundsätzlich bewährt haben,

werden beibehalten. Dies gilt für die so genannte Abwägungsklausel (§ 36 Absatz 1 Nummer 1). Diese erlaubt trotz Marktbeherrschung die Freigabe eines Zusammenschlusses, wenn durch ihn auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, die die Nachteile überwiegen. Die Möglichkeit, alle wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses berücksichtigen zu können, soll auch für das neue Untersagungskriterium gelten. Die Abwägungsklausel wird entsprechend sprachlich angepasst. Beibehalten wird auch das Instrument der Ministererlaubnis (§ 42). Sie ermöglicht eine transparente Trennung zwischen der rein wettbewerblichen Prüfung durch das Bundeskartellamt und der Berücksichtigung anderer Allgemeinwohlgründe durch den Bundeswirtschaftsminister. Damit wird politischer Druck vom Bundeskartellamt ferngehalten und dessen unabhängige Rechtsanwendung gestärkt. Die deutsche Fusionskontrolle erfasst über den Zusammenschlusstatbestand des § 37 auch Minderheitsbeteiligungen und den Erwerb eines wettbewerblich erheblichen Einflusses. Sie geht damit zwar über die Reichweite der europäischen Fusionskontrolle hinaus. Deren Anwendung erfordert den Erwerb der Kontrolle über das Zielunternehmen. Der Bedarf für die weiterreichende deutsche Regelung hat sich jedoch in langjähriger Rechtsanwendungspraxis, insbesondere im Bereich der Energieversorgung, gezeigt. Hier konnte den Expansionsstrategien der führenden Energieversorgungsunternehmen in vielen Fällen wirksam Grenzen gesetzt werden. Die Zusammenschlusstatbestände des § 37 werden deshalb beibehalten.

Anders als das europäische Recht enthält das GWB Vermutungstatbestände für die Einzel- und die Oligopol-Marktbeherrschung (§ 19 Absatz 3). Die gesetzlichen Marktbeherrschungsvermutungen erleichtern die Praxis der Fusionskontrolle und werden deshalb beibehalten. Allerdings gilt nach wie vor der Amtsermittlungsgrundsatz. Dieser schränkt im Verwaltungsverfahren die Umkehr der Beweislast in gewissem Umfang ein (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 3. Dezember 2008 – VI-Kart 7/06 (V) Rn. 44). Reformbedarf besteht allerdings bei der Marktanteilsschwelle für die Einzelmarktbeherrschungsvermutung, da sie nicht mehr dem aktuellen Stand ökonomischer Erkenntnisse entspricht. Die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes hat sich in diesem Punkt fortentwickelt.

Die Bagatellmarktklausel (§ 35 Absatz 2 Nummer 2) nimmt Zusammenschlussvorhaben, die nur einen gesamtwirtschaftlich unbedeutenden Markt betreffen, sowohl von der Anmeldepflicht als auch von der materiellen Fusionskontrolle aus. Die Voraussetzungen der Anmeldepflicht sollten eindeutig und ohne größeren Ermittlungsaufwand anhand quantitativer Kriterien feststellbar sein. Dies ist bei der für die Bagatellmarktklausel erforderlichen Marktabgrenzung und der Ermittlung des Marktvolumens oft nicht der Fall. Deshalb wird die Bagatellmarktklausel, wie vor der 6. GWB-Novelle, der materiellen Fusionskontrolle zugeordnet (§ 36 Absatz 1 Nummer 2).

Angesichts der Veränderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für Presseunternehmen, die durch die fortschreitende Entwicklung der digitalen Mediennutzung eingetreten sind, ist eine Anpassung der pressespezifischen Aufgreifschwelle (§ 38 Absatz 3) geboten. Der Multiplikator wird von 20 auf 8 verringert. Damit wird es Presseunternehmen erleichtert, ihre wirtschaftliche Basis durch Fusionen abzusichern und ihre Wettbewerbsfähigkeit auch in Konkurrenz zu anderen Mediengattungen zu behaupten. Die Reduzierung des bisherigen Multiplikationsfaktors auf 8 soll vor allem kleinen und mittleren Zeitungsverlagen Fusionen zur Steigerung ihrer Wettbewerbsfähigkeit erleichtern.

Im Fall eines vollzogenen, nicht angemeldeten Zusammenschlusses sind die damit zusammenhängenden Rechtsgeschäfte zivilrechtlich unwirksam. Seit der Änderung des § 41 Absatz 3 durch die 7. GWB-Novelle sind solche Zusammenschlüsse nur noch in einem Entflechtungsverfahren zu prüfen. Ein vorgeschaltetes Untersagungsverfahren ist nicht mehr durchzuführen. Auch wenn die Zusammenschlussbeteiligten das Bundeskartellamt nachträglich über den Zusammenschluss informieren, läuft keine Frist, die zu einer Freigabefiktion durch Zeitablauf führt. Während früher die wegen des Verstoßes gegen das Vollzugsverbot zivilrechtlich unwirksamen Rechtsgeschäfte mit der nachträglichen Freigabeentscheidung des Bundeskartellamtes rückwirkend geheilt wurden, ist die Heilungswirkung einer (formlosen) Einstellung des Entflechtungsverfahrens fraglich. Diese Rechtsunsicherheit wird durch eine Ergänzung der bereits im Gesetz enthaltenen Ausnahmen von der zivilrechtlichen Unwirksamkeit beseitigt (§ 41 Absatz 1 Satz 3).

Weitere Änderungen betreffen redaktionelle Klarstellungen und Fristenregelungen (§§ 40, 41, 42).

b) Missbrauchsaufsicht

Die Missbrauchsaufsicht im GWB erfasst im Gegensatz zum europäischen Recht nicht nur marktbeherrschende, sondern auch marktstarke Unternehmen („relative Marktmacht"). Die Vorschriften über das Verbot missbräuchlichen Verhaltens gegenüber wirtschaftlich abhängigen kleinen und mittleren Unternehmen haben in langer behördlicher und zivilrechtlicher Anwendungspraxis eine wichtige wettbewerbs- und mittelstandspolitische Funktion erfüllt. Der vom europäischen Recht insoweit gewährte Gestaltungsspielraum zur Anwendung von strengeren Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen (Artikel 3 Absatz 2 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 1/2003) im nationalen Recht soll deshalb durch Fortgeltung dieser Regelungen auch weiterhin genutzt werden.

Die Neufassung (§§ 18 bis 20) der bisherigen Regelungen der Missbrauchsaufsicht gestaltet diese systematisch einfacher, anwenderfreundlicher und verständlicher. Eine Änderung des materiellen Gehalts der Vorschriften erfolgt nicht, so dass die bisherige umfangreiche Rechtsprechung weiterhin maßgeblich bleibt. Die Definition der Marktbeherrschung, die Marktbeherrschungsvermutungen des § 19 Absatz 2 und die gesetzlichen Vermutungstatbestände des § 19 Absatz 3 werden in einen neuen § 18 überführt. § 19 regelt das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung; § 20 fasst die entsprechenden Regelungen für Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht zusammen.

Das Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2966) hat in § 29 die Preismissbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen im Bereich der leitungsgebundenen Elektrizitäts- und Gasversorgung verschärft. Die Vorschrift hatte eine

Brückenfunktion, bis die vom Gesetzgeber im Übrigen ergriffenen Maßnahmen zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen im Energiebereich ihre Wirkung entfaltet haben. Da im Energiebereich immer noch kein strukturell nachhaltig gesicherter Wettbewerb herrscht und die Regelung den Kartellbehörden die Wahrnehmung der Preismissbrauchsaufsicht erleichtert, wird sie um weitere fünf Jahre verlängert.

Das gleiche Gesetz hat den Schutzbereich des Verbots der Aufforderung oder Veranlassung zur Gewährung von Vorteilen (so genanntes Anzapfverbot) auf Großunternehmen ausgeweitet (§ 20 Absatz 3 Satz 2) und auch den nur gelegentlichen Verkauf von Lebensmitteln unter Einstandspreis verboten (§ 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 1). Diese Verschärfungen des § 20 sind ebenfalls bis Ende 2012 befristet. Die Erweiterung des Schutzbereichs des § 20 Absatz 3 Satz 2 soll vor dem Hintergrund der behördlichen und gerichtlichen Praxis auslaufen. Aus der kartellbehördlichen Praxis gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass Großunternehmen im besonderen Maße vor der Aufforderung oder Veranlassung zur Gewährung von Vorteilen geschützt werden müssten. In der Praxis hatte die Norm eine nur sehr geringe Bedeutung. Große Unternehmen und Konzerne können sich nach den bisherigen Erfahrungen gegen sachlich nicht gerechtfertigte Forderungen ihrer Abnehmer grundsätzlich selbst effektiv zur Wehr setzen. Das Verbot des nur gelegentlichen Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreis wird dagegen um weitere fünf Jahre verlängert. In den Jahren 2008 und 2009 erhielt das Bundeskartellamt zahlreiche Eingaben, die Handelsunternehmen einen Verstoß gegen das Verbot des Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreis vorwarfen. Zumeist aber konnten die beschuldigten Handelsunternehmen dem Bundeskartellamt belegen, dass die Einstandspreise unterhalb der Angebotspreise lagen. Aus der geringen Zahl von eingeleiteten Verfahren kann aber nicht geschlossen werden, dass die Norm in der betrieblichen Praxis keine Bedeutung gehabt hätte. Vielmehr kommt dem Verbot des auch nur gelegentlichen Verkaufs unter Einstandspreis von Lebensmitteln eine hohe präventive Vorfeldwirkung zu, wie sich aus der Anhörung der Verbände ergab. Dies gilt insbesondere für die Vertragsbeziehungen zwischen dem hoch konzentrierten Lebensmitteleinzelhandel und der herstellenden Industrie sowie den landwirtschaftlichen Erzeugern.

Schließlich hat das Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels das Verbot einer Preis-Kosten-Schere für alle Waren oder gewerblichen Leistungen (§ 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 3) normiert. Sie wird, insbesondere vor dem Hintergrund der Ergebnisse der Sektoruntersuchung Kraftstoffe des Bundeskartellamtes, beibehalten. Gerade im Mineralölbereich bestehen nach wie vor unbillige Behinderungsmöglichkeiten in Form von Preis-Kosten-Scheren, zum Beispiel wenn marktmächtige Mineralölunternehmen ihren Konkurrenten Kraftstoffe zu einem höheren Preis liefern als sie selbst an ihren eigenen Tankstellen von den Endverbrauchern verlangen.

§ 32 wurde durch die 7. GWB-Novelle in Anlehnung an Artikel 7 Absatz 1 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 in das GWB eingefügt. Die Vorschrift sollte den Kartellbehörden die Möglichkeit geben, alle Maßnahmen zu ergreifen, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und verhältnismäßig sind. Ausweislich der Gesetzesbegründung umfasst der Begriff der „Maßnahme“ auch Eingriffe in die Unternehmenssubstanz (so genannte strukturelle Maßnahmen). Die nunmehr erfolgte Konkretisierung des Begriffs der Maßnahme im Gesetzestext vollendet die mit der 7. GWB-Novelle begonnene Angleichung der Vorschrift an Artikel 7 Absatz 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 und beendet damit die Auslegungsfragen, ob § 32 Absatz 2 auch zu strukturellen Maßnahmen berechtigt. Zusätzlich stellt der neue § 32 Absatz 2a klar, dass die Kartellbehörden im Rahmen einer Abstellungsverfügung auch die Rückerstattung erwirtschafteter Vorteile infolge kartellrechtswidrigen Verhaltens anordnen dürfen. Damit greift sie eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs in der Rechtssache Stadtwerke Uelzen (Urteil vom 10. Dezember 2008, Aktenzeichen KVR 2/08) auf. In dieser Entscheidung hatte der Bundesgerichtshof in einem obiter dictum keine grundsätzlichen Bedenken, im Rahmen einer Abstellungsverfügung auch Maßnahmen anzuordnen, die der Beseitigung einer geschehenen, aber noch gegenwärtigen Beeinträchtigung dient. Dazu gehört nach Auffassung des Bundesgerichtshofs auch die Anordnung, durch das missbräuchliche Verhalten erwirtschaftete Vorteile zurückzuerstatten. § 32 Absatz 2a Satz 1 bestätigt diese Auffassung ausdrücklich und gibt den Kartellbehörden die entsprechende Befugnis.

Die Freistellung der Wasserwirtschaft von der Geltung des allgemeinen Kartellrechts (zum Beispiel Freistellung von Gebietsschutzabreden vom Kartellverbot) und dessen Ausnahmevorschriften (§ 103 a. F.) sind seit der 6. GWB-Novelle in einer Übergangsvorschrift geregelt. Die Regelungen werden nunmehr in den aktuellen Gesetzestext aufgenommen (§§ 31 bis 31b). Die Wasserversorgung unterliegt damit weiterhin einer besonderen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht. Die Rechtsprechung zu der Übergangsvorschrift bleibt weiterhin maßgeblich. So hat der Bundesgerichtshof in einer Grundsatzentscheidung (Beschluss vom 2. Februar 2010, Aktenzeichen KVR 66/08 – Wasserpreise Wetzlar) das kartellrechtliche Instrument der verschärften Missbrauchskontrolle zur Prüfung der Wasserpreise bestätigt und zudem die gleichzeitige Anwendbarkeit der allgemeinen Missbrauchsaufsicht (§§ 19, 32) nicht ausgeschlossen.

c) Angemessene Beteiligung der Verbraucherverbände bei der privaten Kartellrechtsdurchsetzung

Die Novelle verbessert darüber hinaus die Position der Verbraucherschutzorganisationen durch eine angemessene Beteiligung an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Qualifizierte Einrichtungen, d.h. insbesondere Verbraucherverbände, erhalten in Anknüpfung an das bewährte System des Rechtsschutzes im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) sowohl einen Unterlassungsanspruch als auch einen Anspruch auf Vorteilsabschöpfung für den Fall von Massen- und Streuschäden.

d) Kartellordnungswidrigkeiten

Im Bereich des Kartellordnungswidrigkeiten-/Bußgeldrechts modifiziert die Novelle die ein-fachgesetzlichen Aussageverweigerungsrechte betroffener juristischer Personen im Hin-blick auf unternehmens- und marktbezogene Daten. Unternehmen müssen sich derzeit in Kartellbußgeldverfahren zu den gegen sie erhobenen Vorwürfen nicht äußern.

Dies kann zu einer Verlängerung der Verfahren und zu aufwändigen Nachermittlungen durch die Kartellbehörden führen.

e) Anwendung des Wettbewerbsrechts auf Krankenkassen

Der Gesetzgeber ging im Jahr 2007 davon aus, dass flankierende gesetzliche Regelungen, die verhindern, dass durch kassenartenübergreifende Fusionen wettbewerbsschädliche marktbeherrschende Stellungen entstehen oder verstärkt werden, nicht erforderlich seien, weil das Bundeskartellamt hier die Fusionskontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen durchführe (Begründung zum GKV-WSG zu § 171a SGB V, Bundestagsdrucksache 16/3100, S. 156).

Mit dem Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz hat der Gesetzgeber die Anwendbarkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Bereich des Handelns der Krankenkassen gegenüber den Leistungserbringern geregelt. Seit Anfang 2011 gelten das Kartellverbot und die Missbrauchsaufsicht im Verhältnis der Krankenkassen zu den Leistungserbringern.

Das Hessische Landessozialgericht hat in seinem Urteil vom 15. September 2011 (L 1 KR 89/10 KL) in einem Verfahren gegen einen Auskunftsbeschluss des Bundeskartellamtes die Rechtsauffassung vertreten, dass die Eröffnung der Kartellaufsicht über die Krankenkassen durch die Kartellbehörden einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung bedarf. Infolge des Urteils hat das Bundeskartellamt die bis dahin durchgeführte Fusionskontrolle bei gesetzlichen Krankenkassen eingestellt. Das steht im Widerspruch zu der oben dargestellten Auffassung des Gesetzgebers bei Verabschiedung des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes.

Daher erfolgt nunmehr eine gesetzliche Regelung zur Anwendung der Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zur Zusammenschlusskontrolle auf die Vereinigung von gesetzlichen Krankenkassen.

Außerdem werden das Kartellverbot und die Missbrauchsaufsicht auf das Verhältnis der Krankenkassen untereinander und zu den Versicherten für entsprechend anwendbar erklärt. Der Schutz wettbewerblicher Elemente dient der Sicherung der Qualität und Effizienz in der gesetzlichen Krankenversicherung.

Zudem wird geregelt, dass hierfür die Kartellbehörden zuständig sind.

Mit der Anordnung der entsprechenden Anwendbarkeit der Regelungen über die Zusammenschlusskontrolle bei Vereinigungen von Krankenkassen wird gleichzeitig klargestellt, dass das Bundeskartellamt für die wettbewerbsrechtliche Zusammenschlusskontrolle bei Vereinigungen von Krankenkassen im Sinne des Ersten Abschnittes des Sechsten Kapitels des Fünften Buches Sozialgesetzbuch zuständig ist. Die Anwendung des Kartellverbots und der Missbrauchsaufsicht ist nur dann sinnvoll, wenn gleichzeitig auch Konzentrationsprozesse kontrolliert werden. Dies gilt auch für die gesetzlichen Krankenkassen als Leistungsnachfrager, zumal die Zusammenschlusskontrolle auf die Unternehmen der Leistungserbringerseite (zum Beispiel Arzneimittelhersteller, Krankenhäuser) unmittelbar Anwendung findet.

f) Anpassung des GWB an den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)

Artikel 2 des Vertrages von Lissabon hat den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) in den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) umbenannt und die bisherigen Artikel des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft umnummeriert. Die Novelle passt die Vorschriften des GWB deshalb redaktionell an die Änderungen des AEUV an.

B. Besonderer Teil

Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen)

Zu Nummer 1

Zu Buchstabe a

Durch die erneute Belegung des § 18 ist dieser bei der Angabe zu den weggefallenen Paragraphen in der Inhaltsübersicht zu streichen.

Zu Buchstabe b

Die Überschrift des zweiten Abschnitts des ersten Teils wird vor dem Hintergrund der überarbeiteten §§ 18 bis 21, die im Wesentlichen die Themenkomplexe Marktbeherrschung und missbräuchliches Verhalten regeln, exakter gefasst.

Zu Buchstabe c

Durch die erneute Belegung des § 18 ist dieser im zweiten Abschnitt des ersten Teils der Inhaltsübersicht mit der Überschrift „Marktbeherrschung“ einzufügen.

Zu Buchstabe d

Die Angabe zu § 19 wird der inhaltlich vollzogenen Trennung der Vorschriften für marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen angepasst.

Zu Buchstabe e

Die Angabe zu § 20 wird der inhaltlich vollzogenen Trennung der Vorschriften für marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen angepasst.

Zu Buchstabe f

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Buchstabe g

Durch die neue Belegung der §§ 31 bis 31b sind diese in der Inhaltsübersicht mit den Überschriften „Verträge der Wasserwirtschaft“, „Wasserwirtschaft, Meldepflicht“ sowie „Wasserwirtschaft, Aufgaben und Befugnisse der Kartellbehörde, Sanktionen“ einzufügen.

Zu Buchstabe h

Der neu eingefügte § 81a ist in die Inhaltsübersicht aufzunehmen.

Zu Buchstabe i

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Nummer 2

Redaktionelle Anpassungen an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Nummer 3

Die Regelung in § 3 Absatz 2 ist am 30. Juni 2009 außer Kraft getreten und wird aus diesem Grund gestrichen. Als Folgeänderung wird die bisherige Absatzbezeichnung bei Absatz 1 gestrichen.

Zu Nummer 4

Die Überschrift des zweiten Abschnitts wird vor dem Hintergrund der überarbeiteten §§ 18 bis 21 exakter gefasst.

Zu Nummer 5

Der Tatbestand der Marktbeherrschung ist ein zentraler Begriff des GWB. Er ist nicht nur für die Missbrauchsaufsicht relevant, sondern auch im Rahmen der Fusionskontrolle. Ein Unternehmenszusammenschluss ist auch in Zukunft insbesondere dann zu untersagen, wenn er zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt. Aus diesem Grund überführt der neu eingefügte und rechtsförmlich neu strukturierte § 18 die bislang in § 19 Absatz 2 niedergelegte Definition, wann ein Unternehmen marktbeherrschend ist, und die in § 19 Absatz 3 enthaltenen gesetzlichen Vermutungstatbestände in einen eigenständigen Paragraphen. Eine Änderung des materiellen Gehalts der Vorschrift erfolgt nicht, so dass die bisherige umfangreiche Rechtsprechung weiterhin maßgeblich bleibt. Dabei wird die bisherige Schwelle der Einzelmarktbeherrschungsvermutung von einem Drittel maßvoll auf 40 Prozent angehoben, um das Gesetz an den Stand ökonomischer Erkenntnisse anzupassen und der Fortentwicklung der Praxis des Bundeskartellamtes Rechnung zu tragen. Die behördliche Praxis hat gezeigt, dass eine marktbeherrschende Stellung eines einzelnen Unternehmens mit einem Marktanteil von einem Drittel heute nur noch in Ausnahmefällen vorkommt.

Zu Nummer 6

Zu Buchstabe a

Die Überschrift wird dem neuen Inhalt des § 19 angepasst, der sich auf alle missbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen erstreckt.

Zu Buchstabe b

Die bislang in § 19 Absatz 2 enthaltene Marktbeherrschungsdefinition wird ohne materielle Änderung in den neuen § 18 überführt und ist entsprechend in § 19 zu streichen.

Zu Buchstabe c

Wegen des Wegfalls des bisherigen § 19 Absatz 2 wird der Regelungsinhalt des bisherigen § 19 Absatz 4 in den neuen Absatz 2 überführt. Die beiden bislang in § 19 Absatz 4 Nummer 1 und § 20 Absatz 1 enthaltenen Tatbestände für den Behinderungsmissbrauch werden im Zuge der redaktionellen Bereinigung beider Vorschriften zusammengeführt und der weitergehende Wortlaut des bisherigen § 20 Absatz 1, soweit er marktbeherrschende Unternehmen adressiert, in den neuen § 19 Absatz 2 Nummer 1 überführt. Die Einschränkung des bisherigen Tatbestands des § 19 Absatz 4 Nummer 1, dass für die Behinderung eine für den Wettbewerb auf dem Markt erhebliche Beeinträchtigung erforderlich ist, ist damit im Wortlaut nicht mehr enthalten. Die Zusammenführung der beiden Tatbestände bewirkt aber keine Änderung des materiellen Gehalts des Behinderungsmissbrauchs. Für die Auslegung des Tatbestands ist weiterhin die umfangreiche Rechtsprechung zu § 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 4 Nummer 1 maßgeblich, so dass vom neuen Tatbestand insbesondere auch die Drittmarktbehinderung erfasst bleibt. Auch die Rechtsprechung zu § 20 Absatz 1 bleibt im Übrigen anwendbar. Die Erheblichkeit der Beeinträchtigung ist auch in Zukunft, entsprechend der Auslegung des bisherigen § 20 Absatz 1, im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung zu berücksichtigen (vergleiche dazu Markert, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 20 Rn. 118). Das bisherige Tatbestandsmerkmal des § 20 Absatz 1 „in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist“ wird im Zuge der Zusammenführung gestrichen. Grund hierfür ist dessen vor allem durch die Rechtsprechung verursachter, kontinuierlicher Bedeutungsverlust.

Zu Buchstabe d

Der neue Absatz 3 übernimmt die bisher in § 20 Absatz 1 geregelte Erweiterung des Adressatenkreises des § 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 auf freigestellte Kartelle nach den §§ 2, 3 und 28 Absatz 1 und auf preisbindende Unternehmen i. S. v. § 28 Absatz 2 oder § 30 Absatz 1 Satz 1. Da diese Unternehmen bislang den marktbeherrschenden Unternehmen in § 20 Absatz 1 a. F. gleichgestellt wurden, ist es konsequent, sie zukünftig ebenfalls dem Anwendungsbereich des § 19 zu unterstellen. Inhaltlich entspricht dies der bisher bestehenden Gesetzeslage nach § 20 Absatz 1.

Zu Buchstabe e

Die bislang in § 19 Absatz 3 enthaltenen Marktbeherrschungsvermutungen werden inhaltlich modifiziert in § 18 Absatz 4 und 6 überführt und sind entsprechend in § 19 zu streichen. Das derzeit in § 20 Absatz 3 enthaltene Verbot der Aufforderung oder Veranlassung zur Gewährung von Vorteilen wird, soweit es an marktbeherrschende Unternehmen adressiert ist, in den neuen § 19 Absatz 4 überführt. Dabei wird der Wortlaut in Anlehnung an die Änderung des Absatzes 2 Nummer 1 bereinigt und das Tatbestandsmerkmal „im Geschäftsverkehr“ gestrichen, da auch ihm in der Praxis mittlerweile keine Bedeutung mehr zukommt.

Zu Nummer 7

Der neue § 20 umfasst zukünftig das Verbot missbräuchlicher Verhaltensweisen, bei denen Marktbeherrschung keine Tatbestandsvoraussetzung ist.

Zu Buchstabe a

Die Überschrift wird dem neuen Inhalt des § 20 angepasst, der zukünftig alle missbräuchlichen Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen erfasst.

Zu Buchstabe b

Da der bisherige Regelungsgehalt des § 20 Absatz 1 in den neuen § 19 Absatz 2 Nummer 1 und Absatz 3 überführt wurde, ist der bisherige Absatz 1 zu streichen. Der bisherige Absatz 2 wird in den Absatz 1 überführt und an die erfolgte Trennung zwischen Marktbeherrschung und relativer Marktmacht angepasst. Dementsprechend wird nun auf § 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 Bezug genommen. Gleichzeitig wird der Begriff der relativen Marktmacht in § 20 Absatz 1 Satz 1 legaldefiniert.

Zu Buchstabe c

Der bisherige Absatz 3 wird in Absatz 2 überführt und dabei der Regelungsinhalt des § 20 Absatz 3 Satz 2 in der bis zum 21. Dezember 2007 geltenden Fassung festgeschrieben. Die am 22. Dezember 2007 in Kraft getretenen Änderungen des Satzes 2 durch das Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18. Dezember 2007 sind vom Deutschen Bundestag bis zum 31. Dezember 2012 befristet worden. Aus der Praxis der Kartellbehörden hat sich keine Notwendigkeit dafür ergeben, die damals erfolgte Ausweitung des Schutzbereichs dieser Norm zu verlängern. Mit zwei Anwendungsfällen in fast vier Jahren hatte die Norm eine nur geringe Bedeutung in der Praxis des Bundeskartellamtes. Die Ausweitung des Schutzes des § 20 Absatz 3 Satz 2 auf alle abhängigen Unternehmen führte zwar zu Nachweiserleichterungen bezüglich des Merkmals der Größe des abhängigen Unternehmens. Allerdings erscheint der Schutzbereich des derzeitigen § 20 Absatz 3 Satz 2 GWB zu weit gefasst, soweit durch diesen auch große Unternehmen Schutz erfahren, die ihren Verhandlungspartnern trotz Abhängigkeit ebenbürtig sind. Große Unternehmen sind regelmäßig selbst in der Lage, sich gegen sachlich nicht gerechtfertigte Forderungen ihrer Vertragspartner zur Wehr zu setzen. Dies gilt jedenfalls, solange kein bedeutender Größenunterschied im Vertikalverhältnis zwischen abhängigem und marktstarkem Unternehmen zu Ungunsten des abhängigen Unternehmens besteht. Wann eine Schutzbedürftigkeit besteht, also ein kleines oder mittleres Unternehmen im Sinne des Absatzes 2 vorliegt, bedarf daher der Einzelfallprüfung. Dabei darf neben der horizontalen Einordnung das vertikale Größenverhältnis zur Marktgegenseite nicht außer Acht bleiben.

Zu Buchstabe d

Mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18. Dezember 2007 hat der Gesetzgeber zwei neue Regelbeispiele für eine unbillige Behinderung im Sinne von § 20 Absatz 4 Satz 1 eingeführt. Zum einen wurde das Anbieten von Lebensmitteln unter Einstandspreis ausdrücklich verboten, auch wenn es nur gelegentlich erfolgt (§ 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 1). Zum anderen wurde das Verbot der Preis-Kosten-Schere neu aufgenommen (§ 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 3), die den parallelen Vertrieb vertikal integrierter Unternehmen an Endabnehmer über eigene Niederlassungen und Händler erfasst. Beide Änderungen wurden vom Deutschen Bundestag bis zum 31. Dezember 2012 befristet.

Beide Regelbeispiele sollen auch nach dem 31. Dezember 2012 fortgelten. Der gesamte Regelungsinhalt des bisherigen Absatzes 4 wird als Folgeänderung der Neufassung der §§ 18 bis 20 in den neuen Absatz 3 überführt.

Aus der geringen Anzahl von eingeleiteten Untereinstandspreis-Verfahren auf der Grundlage des § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 1 kann nicht geschlossen werden, dass die Norm keine Bedeutung in der betrieblichen Praxis gehabt hätte. Vielmehr kommt dem Verbot des auch nur gelegentlichen Verkaufs unter Einstandspreis von Lebensmitteln eine hohe präventive Vorfeldwirkung zu. Dies gilt insbesondere für die Vertragsbeziehungen zwischen dem hoch konzentrierten Lebensmitteleinzelhandel und der herstellenden Industrie sowie den landwirtschaftlichen Erzeugern.

Das bisher in § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 3 enthaltene Verbot der Preis-Kosten-Schere wird durch den neuen Absatz 3 Satz 2 Nummer 3 in Dauerrecht überführt. Dieses Verbot erfüllt insbesondere im Mineralölsektor eine wichtige Funktion und entfaltet eine für den Wettbewerb positive Vorfeldwirkung. Die vom Bundeskartellamt im Mai 2011 vorgestellten Ergebnisse der Sektoruntersuchung Kraftstoffe haben gezeigt, dass insbesondere im Mineralölbereich nach wie vor unbillige Behinderungsmöglichkeiten bestehen und eine hierauf zugeschnittene gesetzliche Norm weiterhin erforderlich bleibt. Das Verbot der Preis-Kosten-Schere erleichtert außerdem den durch sie geschützten kleinen und mittleren Unternehmen, ihre Ansprüche zivilrechtlich durchzusetzen.

Zu Buchstabe e

Es handelt sich um Folgeänderungen der Neufassung der §§ 18 bis 20.

Zu Buchstabe f

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neufassung der §§ 18 bis 20.

Zu Nummer 8

Es handelt sich um die Klarstellung, dass sich das Verbot des Veranlassens zu einem unerlaubten Verhalten auch auf Artikel 101 und 102 AEUV bezieht.

Zu Nummer 9

Zu Buchstabe a

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Buchstabe b

Redaktionelle Anpassungen an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Buchstabe c

Redaktionelle Anpassungen an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Buchstabe d

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Buchstabe e

Redaktionelle Anpassungen an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Nummer 10

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Nummer 11

Die Wasserversorgung unterliegt, als Ausgleich für die Freistellung wettbewerbsbeschränkender Verträge vom Kartellverbot des § 1, einer besonderen, d. h. verschärften kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht. Durch die neu eingefügten §§ 31 bis 31b werden die bisher in § 103 GWB i. d. F. von 1990 (GWB 1990) enthaltenen Vorschriften für die Wasserwirtschaft unter Berücksichtigung notwendiger neuer Verweisungen in den aktuellen Gesetzestext überführt. Durch die §§ 31 bis 31b wird daher ausschließlich der Bereich der Wasserwirtschaft auf Grund der dort bestehenden Besonderheiten speziell im GWB geregelt. Entsprechende sprachliche Anpassungen werden vorgenommen. Bei der Übernahme der Regelungen wird neben der praktischen Relevanz der bisherigen Vorschriften berücksichtigt, dass die besonderen Regelungen für Elektrizität und Gas bereits mit dem Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. April 1998 (BGBl. I S. 730) aufgehoben wurden.

Die Übernahme der Sonderregelungen für die Wasserwirtschaft verfolgt dabei mehrere Ziele. Zum einen ist die praktische Bedeutung der kartellrechtlichen Wasser-Missbrauchsvorschriften nach der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 2. Februar 2010, Aktenzeichen KVR 66/08) gestiegen. Mehrere Kartellbehörden haben die Wasserpreise von Versorgern geprüft und entsprechende Missbrauchsverfahren eingeleitet. Zum anderen stellt insbesondere die Wasserversorgung der Endkunden ein natürliches Monopol dar. Die Entgeltgestaltung der Wasserversorgung bedarf daher einer effektiven staatlichen Kontrolle, die durch die konsequente Anwendung der Vorschriften der besonderen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht gewährleistet werden kann. Mit Überführung der bisherigen Übergangsregelungen in das aktuelle GWB werden die Systematik des GWB verbessert und die Anwendbarkeit für die Vollzugsbehörden erleichtert.

Zu § 31

Die Bedingungen und Strukturen in der Wasserwirtschaft rechtfertigen, die in Absatz 1 genannten Vertragstypen, die wettbewerbsbeschränkend wirken, weiterhin vom Kartellverbot des § 1 freizustellen. Damit sind in der Wasserwirtschaft weiterhin Demarkations-, Konzessions- und Verbundverträge sowie Meistbegünstigungen zulässig. Damit verbunden ist die Annahme, dass sich durch die Gewährung geschlossener Versorgungsgebiete Größen-, Verbund- und Rationalisierungsvorteile im Sinne der Kunden generieren lassen. Die Norm zielt darauf ab, auch zukünftig eine sichere und preisgünstige Versorgung mit Wasser zu gewährleisten.

Die Regelung des § 103 Absatz 2 GWB 1990 hat für die Praxis keine Bedeutung und wird daher ersatzlos gestrichen.

Absatz 2 übernimmt das in § 105 GWB 1990 enthaltene Schriftformerfordernis.

Das in den Absätzen 3 und 4 normierte besondere Missbrauchsverbot ist ein notwendiges Korrektiv für den fehlenden Wettbewerb im Wassersektor. Aus der monopolistischen Marktstellung der Wasserversorger lässt sich eine besondere Missbrauchsgefahr ableiten. Die Wasserversorgung bedarf daher einer wirksamen Kontrolle durch die Kartellbehörden. Den Behörden wird deshalb mit der besonderen Missbrauchsaufsicht in § 31b Absatz 3 bis 5 ein wirksames Instrument zur Verfügung gestellt.

Um den Missbrauchsvorwurf der Kartellbehörde wegen überhöhter Entgelte zu widerlegen, hat das Versorgungsunternehmen auf Grund der Beweislastumkehr nachzuweisen, dass sein ungünstigeres Entgelt auf abweichenden Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind. Im Rahmen der Rechtfertigung hat das Unternehmen auch seine Rationalisierungsbemühungen darzulegen.

§ 103 Absatz 5 Satz 1 Nummer 2 GWB 1990 hat für die wasserwirtschaftliche Praxis keine Bedeutung und wird daher ersatzlos gestrichen. Die Regelungen des § 103 Absatz 5 Satz 2 Nummern 3 und 4 GWB 1990 werden ebenfalls nicht übernommen, da sie sich ausschließlich auf den Energiebereich bezogen haben.

Zu § 31a

Auf Grund der monopolartigen Strukturen in der Wasserwirtschaft ist es weiterhin erforderlich, die Wirksamkeit der in § 31 Absatz 1 genannten Verträge sowie deren Änderungen und Ergänzungen von der Anmeldung bei der Kartellbehörde abhängig zu machen. Eine effektive kartellrechtliche Kontrolle der Wasserpreise durch die Kartellbehörden lässt sich nur gewährleisten, wenn diese einen (vollständigen) Überblick über abgeschlossene Verträge der Wasserwirtschaft sowie deren Inhalte haben. Dabei sind die in Absatz 1 genannten Anmeldekriterien zu beachten.

Absatz 2 stellt klar, dass die Beendigung oder Aufhebung der in § 31 Absatz 1 Nummer 1, 2 und 4 genannten Verträge der Kartellbehörde mitzuteilen ist.

Zu § 31b

Demarkations-, Konzessions- und Durchleitungsverträge sind vom Kartellverbot freigestellt. Absatz 1 verpflichtet die Kartellbehörden, auf Anfrage zu diesen Verträgen Auskunft über die in Nummer 1 und 2 genannten Informationen zu erteilen. Er entspricht dem § 11 Absatz 1 in der Fassung durch die 6. GWB-Novelle im Jahr 1998. An die Stelle der früher bestehenden Kartellregister und der entsprechenden Einsichtsrechte trat die Auskunftspflicht der Kartellbehörde. Sie ist jedem gegenüber zu gewähren und setzt kein berechtigtes Interesse voraus.

Durch die unveränderte Übernahme der Benehmensregelung in Absatz 2 wird zusätzlich zur Bindung der Kartellbehörden an Fachgesetze, -verordnungen und -normen sowie Entscheidungen anderer Fachbehörden sichergestellt, dass neben ökonomischen auch sonstige Gesichtspunkte und Prinzipien, insbesondere des Umwelt- und Gesundheitsschutzes,

der Sicherung der Trinkwasserqualität (einschließlich rechtlich verbindlicher Minimierungsgebote und Verpflichtungen zur Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik) sowie der Versorgungssicherheit, hinreichend berücksichtigt werden.

Die Befugnisse der Kartellbehörden werden in Absatz 3 unverändert übernommen. Kartellbehörden können den Unternehmen aufgeben, einen beanstandeten Missbrauch abzustellen, die Verträge oder Beschlüsse zu ändern bzw. für unwirksam zu erklären. Diese Maßnahmen sind weiterhin nur mit Wirkung für die Zukunft möglich.

Die in den Absätzen 3 und 4 normierte besondere Missbrauchsaufsicht ist ein notwendiges Korrektiv für den fehlenden Wettbewerb im Wassersektor. Aus der monopolistischen Marktstellung der Wasserversorger lässt sich eine besondere Missbrauchsgefahr ableiten. Die Wasserversorgung bedarf daher einer wirksamen Kontrolle durch die Kartellbehörden. Den Behörden wird deshalb mit der besonderen Missbrauchsaufsicht ein wirksames Instrument zur Verfügung gestellt.

Mit der Überführung des § 103 Absatz 5 GWB 1990 in Absatz 3 und 4 wird an den bisherigen Prinzipien der besonderen Missbrauchsaufsicht im Wassersektor festgehalten. Die Praxis der letzten Jahre zeigt, dass insbesondere das nunmehr in § 31 Absatz 4 Nummer 2 verankerte, für die Wasserwirtschaft höchstrichterlich anerkannte Vergleichsmarktkonzept einschließlich der Beweiserleichterungen für die Kartellbehörden an Bedeutung gewonnen hat. Das Vergleichsmarktkonzept berücksichtigt, dass es im Wassersektor keinen wirksamen Wettbewerb gibt und daher wettbewerbsanaloge Preise kaum feststellbar sind. Eine vergleichende Betrachtung mit gleichartigen Wasserversorgern ist daher sachgerecht. Im Rahmen der Preishöhenkontrolle sind Tarif- oder Erlösvergleiche möglich. Um die Effektivität der Missbrauchsaufsicht zu gewährleisten und gleichzeitig die unterschiedlichen Verhältnisse in der Wasserversorgung berücksichtigen zu können, ist der Begriff der „Gleichartigkeit“ weit gefasst. An die sachgerechte Prüfung und Festlegung von Vergleichsunternehmen durch die Kartellbehörde sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Wie vom Bundesgerichtshof anerkannt, kommt dieser Prüfung, für die die Kartellbehörde die Beweislast trägt, nur die Funktion einer „groben Sichtung“ zu. Die besonderen Umstände des Einzelfalls sind bei der Auswahl und Festlegung der Vergleichsunternehmen zu berücksichtigen.

Zur Ermittlung möglicher Preisabweichungen und deren Missbräuchlichkeit bedürfen die Kartellbehörden vielfältiger Informationen (u. a. Preise, Kosten, Erlöse) von den betroffenen Vergleichsunternehmen. Als Adressat von Auskunftsersuchen der Kartellbehörden sind grundsätzlich alle Wasserversorger – unabhängig von der Rechtsform und Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen zum Kunden – heranzuziehen (vgl. Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 18. Oktober 2011, Aktenzeichen KVR 9/11). Die tatsächliche Tätigkeit der Wasserversorgungsunternehmen unterscheidet nicht zwischen Gebühren erhebenden Unternehmen und Unternehmen, die privatrechtliche Entgelte verlangen. Kartellbehörden können so für die sachgerechte Prüfung wichtige Informationen erlangen, ohne dass der Adressatenkreis der möglichen Vergleichsunternehmen vorher eingeschränkt wurde. Den besonderen rechtlichen Bedingungen (z. B. Besteuerung, Entgeltkalkulation) kann im Rahmen der Vergleichsbetrachtung Rechnung getragen werden.

Absatz 5 übernimmt die Regelung des bisherigen § 103 Absatz 7 GWB 1990, wird aber sprachlich klarer gefasst. Die Vorschrift stellt die Gleichbehandlung aller Versorgungsunternehmen der Branche sicher und erfasst damit sowohl den Freistellungs- als auch den Marktmachtmissbrauch. Es ist unerheblich, ob die Wasserversorgungsunternehmen von der Freistellungsmöglichkeit des § 31 Absatz 1 Gebrauch gemacht haben oder nicht. Die erhöhte Missbrauchsgefahr ist auf Grund der monopolistischen Strukturen unabhängig von der tatsächlichen Inanspruchnahme der Freistellungsmöglichkeit gegeben.

Die neu eingeführte Vorschrift des § 31b Absatz 6 stellt entsprechend der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs klar, dass die allgemeine Missbrauchskontrolle des § 19 durch die Anwendung des bisherigen § 103 nicht ausgeschlossen wird. Im Gegensatz zu der speziellen Missbrauchsaufsicht im Wasserbereich liegt bei der Anwendung des § 19 der Schwerpunkt der Beweislast allerdings bei der Kartellbehörde; zudem sind Feststellungen auch bezüglich der Vergangenheit und Rückerstattungsanordnungen möglich.

Zu Nummer 12

Zu Buchstabe a

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Buchstabe b

§ 32 wurde durch die 7. GWB-Novelle in Anlehnung an Artikel 7 Absatz 1 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 in das GWB eingefügt. Die Vorschrift sollte der Kartellbehörde die Möglichkeit geben, alle Maßnahmen zu ergreifen, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sind. Ausweislich der Gesetzesbegründung umfasst der Begriff der „Maßnahme“ auch Eingriffe in die Unternehmenssubstanz (so genannte strukturelle Maßnahmen). Die nunmehr erfolgte Konkretisierung des Begriffs der Maßnahme vollendet die mit der 7. GWB-Novelle begonnene Angleichung der Vorschrift an Artikel 7 Absatz 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 und klärt damit die Auslegungsfragen, ob § 32 Absatz 2 auch zu strukturellen Maßnahmen berechtigt. Abschließende sektorspezifische Regelungen für die regulierten Märkte (beispielsweise im Energiewirtschaftsgesetz) begrenzen dabei strukturelle Maßnahmen der Kartellbehörden.

Darüber hinaus wird mit dem neu eingefügten Absatz 2a klargestellt, dass die Kartellbehörden im Rahmen einer Abstellungsverfügung die Möglichkeit haben, eine Rückerstattung der erwirtschafteten Vorteile infolge kartellrechtswidrigen Verhaltens anzuordnen. Dies war trotz der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in der Rechtssache Stadtwerke Uelzen (Urteil vom 10. Dezember 2008, Aktenzeichen KVR 2/08) teilweise umstritten. In dieser Entscheidung hatte der Bundesgerichtshof in einem obiter dictum keine grundsätzlichen Bedenken geäußert, im Rahmen einer Abstellungsverfügung auch Maßnahmen anzuordnen, die der Beseitigung einer geschehenen, aber noch gegenwärtigen Beeinträchtigung dienen. Dazu gehört nach Auffassung des Bundesgerichtshofs auch die Anordnung, durch das missbräuchliche

Verhalten erwirtschaftete Vorteile zurückzuerstatten. Mit Absatz 2a Satz 1 wird diese Auffassung ausdrücklich bestätigt.

Der neu eingefügte Absatz 2a Satz 2 sieht dabei die Möglichkeit einer Schätzung der erwirtschafteten Vorteile in Gestalt von Zinsvorteilen vor. Schätzungen sind hier notwendig und gerechtfertigt, da die Bemessung der erwirtschafteten Zinsvorteile betriebswirtschaftlich komplex und häufig nicht eindeutig möglich ist. Die Möglichkeit von Schätzungen verhindert insofern, dass wesentliche Ermittlungsressourcen für die sachlich nachrangige Frage der Zinshöhe aufgewendet werden müssen. Da Beschwerden gegen Verfügungen nach § 32 Absatz 2a Satz 1 aufschiebende Wirkung beigelegt wird (vergleiche § 64 Nummer 2), ist es im Gegenzug des Weiteren gerechtfertigt, nach Ablauf der in der Abstellungsverfügung bestimmten Frist für die Rückerstattung eine Pauschalierung vorzusehen. Der neu eingefügte Absatz 2a Satz 3 sieht insofern eine Pauschalierung wie im Falle des Verzugs mit Verbraucherbeteiligung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch vor. Hierdurch werden die Rückerstattungsbegünstigten auch bei Massensachverhalten, um die es sich hier nach den bisherigen Erfahrungen meist handelt, zumindest im Wesentlichen so gestellt, als ob sie selbst als Verbraucher die Rückerstattung gefordert hätten.

Zu Nummer 13

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Nummer 14

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Nummer 15

Zu Buchstabe a

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Buchstabe b

Die Informationspflicht nach § 49 Absatz 1 findet bei Sektoruntersuchungen keine unmittelbare Anwendung, weil sich die Zuständigkeit für die Durchführung einer Sektoruntersuchung unmittelbar aus § 32e ergibt. § 48 ff. GWB finden aus diesem Grund keine unmittelbare Anwendung. Die entsprechende Anwendung von § 49 Absatz 1 stellt sicher, dass die Kartellbehörden abgestimmt Sektoruntersuchungen einleiten können. Um eine Mehrfachbelastung der Unternehmen zu vermeiden und eine effektive Verfahrensgestaltung zu gewährleisten, sind wechselseitige Information und Abstimmung geboten.

Die zuvor durch die Vorschrift in Bezug genommenen §§ 60 und 62 hatten keinen erkennbaren Anwendungsbereich in einer Sektoruntersuchung und sind deshalb zu streichen. Im Rahmen der Sektoruntersuchung erlassene Auskunftsbeschlüsse werden nach § 61 GWB zugestellt; auch die übrigen für Auskunftsbeschlüsse geltenden Vorschriften zu Zwangsmitteln und Bußgeld (§ 81 Absatz 2 Nummer 6) finden Anwendung.

Zu Nummer 16

Zu Buchstabe a

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Buchstabe b

Die Neufassung von Absatz 2 verfolgt im Wesentlichen zwei Ziele: Zum einen soll die Regelung in Nummer 1 gewährleisten, dass auch die bisher nicht erfassten Verbände der Marktgegenseite klagebefugt sind. Eine Entscheidung des LG Köln (Urteil vom 26. Juni 2009, Aktenzeichen 90 O 19/09) hatte eine entsprechende Klagebefugnis verneint. Zudem soll durch die neue Nummer 2 insbesondere den Verbraucherverbänden sowohl ein Unterlassungs- als auch ein Anspruch auf Vorteilsabschöpfung für den Fall von Massen- oder Streuschäden eingeräumt werden. Eine entsprechende Beteiligung an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung war bereits im Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle vorgesehen, aber im Vermittlungsausschuss wieder gestrichen worden. Vor dem Hintergrund der laufenden Diskussionen auf europäischer Ebene über eine Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung ist es sinnvoll, diesen Schritt zu unternehmen und dabei an das bewährte Rechtsschutzsystem aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb anzuknüpfen.

Zu Buchstabe c

Redaktionelle Anpassungen an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Buchstabe d

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Nummer 17

Zu Buchstabe a

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Buchstabe b

Es handelt sich um eine Folgeänderung des neu eingefügten Absatzes 2a in § 32.

Zu Buchstabe c

Mit der Änderung wird die Frist für die Vorteilsabschöpfung nach § 34 Absatz 5 den tatsächlichen Erfordernissen angepasst. Derzeit beginnt der Lauf der fünfjährigen Frist mit der Beendigung der Tat und kann nicht durch Ermittlungsmaßnahmen der deutschen Kartellbehörden unterbrochen beziehungsweise gehemmt werden. Die nach § 34 Absatz 5 Satz 2 vorgesehene Unterbrechung der Verjährung wird nur durch Ermittlungsmaßnahmen der Europäischen Kommission beziehungsweise Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten ausgelöst, die ein Verfahren nach den Artikeln 101 oder 102 AEUV durchführen.

Eine Vorteilsabschöpfung ist regelmäßig erst nach rechtskräftigem Abschluss eines Kartellbußgeldverfahrens zweckmäßig. Dadurch ist der Tatnachweis erfolgt und die nach § 34 Absatz 2 im Rahmen der Vorteilsabschöpfung zu be-

rücksichtigende Bußgeldhöhe steht fest. Zu diesem Zeitpunkt kann aber in Anbetracht der langen Dauer von Kartellbußgeldverfahren die Frist zur Vorteilsabschöpfung bereits abgelaufen sein.

Die Verweisung auf § 33 Absatz 5 bietet gegenüber der derzeitigen Verweisung auf § 81 Absatz 9 den Vorteil, dass sie auch Ermittlungshandlungen der deutschen Kartellbehörden wegen Verstößen gegen das GWB erfasst. § 33 Absatz 5 legt eine Hemmung des Fristlaufs für den Zeitraum ab Einleitung der Ermittlungen bis sechs Monate nach rechtskräftiger Entscheidung fest.

Zu Nummer 18

Es handelt sich um eine Folgeänderung des neu eingefügten Absatzes 2a in § 32.

Zu Nummer 19

Zu Buchstabe a

Die bisherige Bagatellmarktklausel wird in der Vorschrift über die formelle Fusionskontrolle gestrichen und in § 36 Absatz 1 Nummer 2 überführt.

Zu Buchstabe b

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Nummer 20

Nach geltendem Recht muss das Bundeskartellamt einen Zusammenschluss untersagen, wenn zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt (§ 36 Absatz 1 Satz 1 Halbsatz 1). Satz 1 bestimmt die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs als Untersagungsvoraussetzung. Damit erfolgt eine Angleichung an das materielle Untersagungskriterium der europäischen Fusionskontrolle (significant impediment to effective competition, so genannter SIEC-Test), das dort mit der Novellierung der FKVO im Jahr 2004 eingeführt wurde. Seither ist die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nach der FKVO das Regelbeispiel für die Generalklausel der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“. In der Praxis der europäischen Fusionskontrolle ist es der Hauptanwendungsfall. Der SIEC-Test ist mittlerweile in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union das häufigste materielle Prüfkriterium. Nach Auswertung der Erfahrungen mit dem geänderten Tatbestand in der FKVO wie auch der Entwicklung der Praxis des Bundeskartellamtes und der Rechtsprechung ist eine Übernahme des SIEC-Tests vorteilhaft. Ausschlaggebend für die positive Einschätzung einer Übernahme des Prüfkriteriums der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs ist die Erwartung, dass dadurch eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene erleichtert wird. Dies ist sowohl im Interesse der Unternehmen als auch eines wirksamen Wettbewerbsschutzes. Das neue Untersagungskriterium schafft für alle an Zusammenschlüssen beteiligten Unternehmen, unabhängig davon, ob sie auf Grund der maßgeblichen Größenkriterien unter die deutsche oder europäische Fusionskontrolle fallen, einen gleich lautenden Prüfmaßstab und damit ein „level playing field“. Auch in Verweisungsfällen, in denen bei der Europäischen Kommission angemeldete Zusammenschlussvorhaben von gemeinschaftsweiter Bedeutung an das Bundeskartellamt zur Prüfung zurückverwiesen werden, ist eine Übereinstimmung des Untersagungskriteriums sinnvoll. Die Praxis der Europäischen Kommission nach Änderung des europäischen Untersagungskriteriums hat zudem keinen Anlass gegeben, von einer Übernahme abzusehen. Die Ergebnisse der europäischen Fusionskontrollpraxis seit 2004 sind aus wettbewerbsrechtlicher und -politischer Sicht überzeugend.

Das Untersagungskriterium der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs ermöglicht eine zweifelsfreie, flexible und damit optimale Erfassung aller potentiell wettbewerblich kritischen Fälle. Das gilt etwa für komplexe Oligopolsachverhalte oder für die Erfassung nicht koordinierten beziehungsweise unilateralen Verhaltens einzelner Unternehmen (zum Beispiel Preissetzungsmöglichkeiten eines Unternehmens nach einem Zusammenschluss, ohne dass es zugleich eine marktbeherrschende Marktposition innehat). Die Einführung des SIEC-Tests erlaubt eine Untersagung auch in den wenigen wettbewerblich schädlichen Konstellationen, in denen die Voraussetzungen der Einzelmarktbeherrschung nicht erfüllt sind. Die Angleichung erleichtert die oft schwierige Beurteilung vertikaler Integration oder konglomerater Zusammenschlüsse, bei denen eine Verschlechterung der Marktstruktur nicht unmittelbar mit dem Zusammenschluss eintritt, sondern erst infolge geänderter Möglichkeiten und Anreize zu einem wettbewerbsschädlichen Verhalten der Unternehmen. Der SIEC-Test ist damit offener für eine Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen auf Basis einer Analyse der wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlusses.

Die Ergänzung des Untersagungstatbestands führt nicht zu Rechtsunsicherheit. Die Untersagungsvoraussetzung der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, die seit Einführung der deutschen Fusionskontrolle 1973 das alleinige Prüfkriterium war, gilt ebenso weiter wie die dazu ergangene Entscheidungspraxis der Gerichte, etwa zur Frage, wann eine marktbeherrschende Stellung durch einen Zusammenschluss verstärkt wird. Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung stellt stets eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs dar (Marktbeherrschung als Regelbeispiel). Untersagungen werden voraussichtlich auch in Zukunft überwiegend anhand dieses Kriteriums erfolgen. Im Übrigen besteht hinsichtlich des Kriteriums der erheblichen Wettbewerbsbehinderung im Zusammenspiel mit dem Marktbeherrschungskriterium keine Rechtsunsicherheit, auch wenn hierzu noch keine Rechtsprechung der europäischen Gerichte vorliegt. Anders als zum Zeitpunkt der 7. GWB-Novelle 2005, als eine Angleichung noch wegen der fehlenden Praxis zu der gerade erst in Kraft getretenen novellierten FKVO zurück gestellt worden war, hat sich inzwischen die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission gefestigt. Die Anwendung und Auslegung des neuen Untersagungskriteriums, das der europäischen Fusionskontrolle angeglichen ist, unterliegt dabei der vollständigen Nachprüfung durch die deutschen Gerichte.

Auf Grund des neuen Untersagungskriteriums sind ferner keine wesentlichen Änderungen im Ablauf der Fusionskontrollverfahren zu erwarten. Bereits die derzeitige Verfahrenspraxis ist durch die allgemeine Tendenz einer stärker ökonomischen Ausrichtung der Fusionskontrolle geprägt. Dies zeigt sich etwa in einer vermehrten Verwendung von

ökonomischen Gutachten in der Beweisführung vor dem Bundeskartellamt und den Gerichten. Der damit einhergehende Aufwand ist von der Einführung eines SIEC-Tests unabhängig. Das Bundeskartellamt ist zudem gut gerüstet. Es hat in den letzten Jahren seine ökonomische Expertise kontinuierlich ausgebaut. Es beurteilt Zusammenschlüsse anhand des alten Untersagungskriteriums, wie auch Kartellbehörden anderer Rechtsordnungen, nicht anhand einer statischen Strukturbetrachtung allein nach Marktanteilen, sondern auf Basis einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände.

Die Abwägungsklausel in § 36 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1, die sich in der Praxis bewährt hat, bleibt erhalten; sie erlaubt im Rahmen der Beurteilung eines Zusammenschlusses die Berücksichtigung aller – also auch möglicher positiver – wettbewerblichen Auswirkungen einer Unternehmensfusion.

Die neue Nummer 2 in Satz 2 übernimmt die so genannte Bagatellmarktklausel, die bisher als Aufgreifkriterium und Element der formellen Fusionskontrolle in § 35 Absatz 2 Nummer 2 geregelt war. Damit wird die Rechtsfolge der Bagatellmarktklausel, wie bis zur 6. GWB-Novelle 1998, auf den Wegfall der materiellen Untersagungsmöglichkeit des Zusammenschlusses, soweit der Bagatellmarkt betroffen ist, beschränkt. Derzeit entscheidet die Frage, ob die Voraussetzungen der Bagatellmarktklausel vorliegen, über die Anwendbarkeit der Vorschriften der Fusionskontrolle insgesamt, also auch darüber, ob ein Zusammenschlussvorhaben anmeldepflichtig ist und dem Vollzugsverbot unterliegt. Mit der erforderlichen Marktabgrenzung und Ermittlung des Marktvolumens waren in der Praxis oft erhebliche Probleme verbunden. Das zeigen etwa die schwierigen Auslegungsfragen, die in den letzten Jahren auch die Gerichte beschäftigt haben. Das Risiko einer Fehleinschätzung trugen dabei im Hinblick auf die Anmeldepflicht die Unternehmen.

Zu Nummer 21

Zu Buchstabe a

Die durch die 3. GWB-Novelle 1976 eingeführte Rechenklausel für Presseerzeugnisse wird den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen auf den Pressemärkten angepasst. Die heutigen Pressemärkte kennzeichnet mit dem Internet als bedeutendem Informationsmedium eine gewachsene Konkurrenz durch neue Anbieter, andere Mediengattungen sowie ein geändertes Mediennutzungsverhalten. In diesem Umfeld soll die Reduzierung des Multiplikationsfaktors von 20 auf 8 die Schwellenwerte erhöhen, ab denen das Bundeskartellamt einen Zusammenschluss zwischen Zeitungs- oder Zeitschriftenverlagen nach den Regeln der Fusionskontrolle prüft. Künftig ist die Fusionskontrolle erst ab einem gemeinsamen weltweiten Umsatz der beteiligten Presseunternehmen von 62,5 Mio. Euro, statt wie bisher ab 25 Mio. Euro, sowie bei Inlandsumsätzen eines Unternehmens von 3,125 Mio. Euro und eines weiteren von 625 000 Euro anwendbar. Durch die Senkung des Muliplikationsfaktors wird auch die Bagatellmarktschwelle in § 36 Absatz 1 Satz 2 (neu) im Pressebereich von 750 000 Euro auf 1,875 Mio. Euro angehoben. Diese moderate Änderung erweitert angemessen die Spielräume der Verlage zur Stabilisierung ihrer wirtschaftlichen Basis durch Zusammenschlüsse und steigert ihre Wettbewerbsfähigkeit mit anderen Medien. Sie erlaubt aber weiterhin eine effektive, den Besonderheiten des Pressebereichs Rechnung tragende Fusionskontrolle. Bei der Ermittlung des Umsatzes werden wie bisher die Presseumsätze als solche, d. h. Erlöse aus Verlag, Herstellung und Vertrieb von Zeitungen, Zeitschriften und deren Bestandteilen, erfasst. Es bleibt dabei, dass § 38 Absatz 3 hinsichtlich des Vertriebs von Presseerzeugnissen auf allen Handelsstufen gegenüber § 38 Absatz 2 (Handel mit Waren) die speziellere Norm ist. Die Erlöse aus dem Vertriebsbereich werden daher vollumfänglich in Ansatz gebracht und nicht nur zu drei Vierteln. Auf Erlöse aus anderen Tätigkeitsbereichen der Presseunternehmen – wie zum Beispiel Akzidenzdruck, Briefzustelldiensten, bei „reinen“ Anzeigenblättern ohne nennenswerten redaktionellen Inhalt oder Internetportale der Verlage – findet der Multiplikationsfaktor bereits derzeit keine Anwendung.

Zu Buchstabe b

Die Neufassung des § 38 Absatz 5 Satz 1 gleicht die Regelung zur eingeschränkten Berücksichtigung der Umsatzerlöse und Marktanteile des Veräußerers an die entsprechende europäische Vorschrift in Artikel 5 Absatz 2 der FKVO an. Sie erstreckt die im Fall eines Vermögenserwerbs in § 38 Absatz 5 bereits geregelte Klarstellung auf andere Zusammenschlusstatbestände, etwa den Anteilserwerb. Danach ist nur auf die Umsätze und Marktanteile abzustellen, die auf den veräußerten Teil entfallen. Dieser Schritt beseitigt eine Rechtsunsicherheit über die Anmeldepflicht, die bei Unternehmen dadurch entstanden war, dass die ursprüngliche gesetzliche Klarstellung infolge der Neugestaltung des Zusammenschlusstatbestandes in der 6. GWB-Novelle nur für den Vermögenserwerb beibehalten wurde, für den Anteilserwerb aber entfallen war. Eine Berücksichtigung der gesamten Ressourcen des Veräußerers ist aber gerechtfertigt, soweit er selbst nach dem Zusammenschluss in relevanter Weise mit mindestens 25 Prozent der Anteile an dem Unternehmen beteiligt bleibt oder kontrollierenden Einfluss besitzt. Satz 2 stellt dies im Hinblick auf die Minderheitsbeteiligung wegen der insoweit vom europäischen Recht abweichenden Zusammenschlussdefinition noch einmal heraus. Entgegen der Gesetzesfassung bis zur 6. GWB-Novelle wird bei einer fortbestehenden Verbindung des Veräußerers im Sinne eines wettbewerblich erheblichen Einflusses (§ 37 Absatz 1 Nummer 4) bei der Berechnung der für die Anmeldepflicht maßgeblichen Kriterien das veräußernde Unternehmen nicht mehr berücksichtigt. Das wäre im Rahmen der formellen Fusionskontrolle nicht sachgerecht. Auch der in der Gesetzesfassung bis zur 6. GWB-Novelle erwähnten Zusammenschlussfiktion der Mütter eines Gemeinschaftsunternehmens in § 37 Absatz 2 Nummer 3 Satz 2 a. F. bedarf es nicht. Dieser Tatbestand ist bei fortbestehender Beteiligung des Anteilsveräußerers in Höhe von 25 Prozent automatisch erfasst. Satz 3 übernimmt die Zusammenrechnungsklausel des Artikels 5 Absatz 2 Unterabsatz 2 der FKVO bei mehreren zeitlich gestaffelten Erwerbsvorgängen, die für sich betrachtet an der Zweiten Inlandsumsatzschwelle scheitern würden. Umgehungsstrategien (so genannte Salamitaktik) lassen sich so verhindern.

Zu Nummer 22

Zu Buchstabe a

Der in § 39 Absatz 1 neu eingefügte Satz 2 gewährleistet, dass im Falle einer elektronischen Anmeldung eines Zusammenschlusses die der Anmeldung zugrunde liegenden wirt-

schaftlich sensiblen Informationen dem Bundeskartellamt sicher vor Manipulationen übermittelt werden und die Anmeldung nur an einen zentralen Zugang des Bundeskartellamtes erfolgt. Die Ergänzung beseitigt damit eine in der Praxis bestehende Unsicherheit über den Beginn des Fristenlaufs und stellt klar, dass Anmeldungen eines Zusammenschlusses per einfacher E-Mail die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllen und auch keinen Fristenlauf auslösen. Sie befindet sich im Einklang mit dem Ziel der Bundesregierung, das E-Government weiter zu fördern und den Einsatz moderner Informations- und Kommunikationstechniken zwischen öffentlicher Verwaltung und Unternehmen weiter zu verbessern. Satz 3 bestimmt, dass die Zugänge über die Internetseite des Bundeskartellamtes erreichbar sind.

Zu Buchstabe b

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Nummer 23

Zu Buchstabe a

Nach der bisherigen Regelung ist die Freigabefiktion des Absatzes 2 Satz 2 ausgeschlossen, wenn die in Nummer 2 genannten Angaben und Auskünfte nicht rechtzeitig oder unrichtig erfolgt sind und deshalb das Bundeskartellamt die Mitteilung nach Absatz 1 Satz 1 unterlassen oder keine Untersagung ausgesprochen hat. In Angleichung an die europäische Regelung in Artikel 10 Absatz 4 FKVO regeln die Sätze 5 und 6 nun den Fall, dass ein anmeldendes Unternehmen aus Gründen, die von ihm zu vertreten sind, angeforderte Auskünfte nicht in der im Auskunftsverlangen gesetzten Frist oder nicht so korrekt beantwortet, dass das Bundeskartellamt innerhalb der Prüffrist von vier Monaten eine fundierte Entscheidung treffen kann. Ohne die Regelung ist das Bundeskartellamt in dieser Situation wegen der fehlenden Angaben häufig gezwungen, den Zusammenschluss entweder mit einer unzureichenden und dadurch anfechtbaren Begründung zu untersagen oder ihn trotz wettbewerblicher Bedenken nach vier Monaten freizugeben. Denn der derzeit erforderliche Nachweis der Kausalität nach Nummer 2 ist für das Bundeskartellamt nur schwer zu führen. Um dem abzuhelfen, wird dem Bundeskartellamt die Möglichkeit gegeben, in diesen Fällen einen weiteren Auskunftsbeschluss zu erlassen, der eine Fristhemmung unabhängig von der Kausalität der fehlenden Auskunft für die Entscheidung auslöst, bis die erneut angeforderten Auskünfte vollständig erteilt sind. Insbesondere der durch unkooperatives Verhalten der Unternehmen bewirkte Zeitverlust darf nicht zu Lasten der Prüfungsfrist des Bundeskartellamtes gehen.

In der Praxis des Bundeskartellamtes hat sich gezeigt, dass eine Beurteilung von Zusagenvorschlägen der Unternehmen innerhalb der Viermonatsfrist ab Anmeldung in den meisten Fällen nicht möglich ist. Die Bewertung von Zusagenvorschlägen erfordert in der Regel eine Marktbefragung. In vielen Fällen sind Nachverhandlungen über den Gegenstand oder die Einzelheiten der Zusagenregelung erforderlich. Deshalb wird in Satz 7 eine pauschale Verlängerung der Kontrollfrist um einen Monat, die nach den praktischen Erfahrungen angemessen ist, vorgesehen. Sie knüpft an die erstmalige Vorlage von Zusagenvorschlägen in einem Verfahren an. Dies entspricht der europäischen Regelung in Artikel 10 Absatz 1 und 3 der FKVO. Darüber hinaus kann im Einzelfall, wenn erforderlich, eine zusätzliche Fristverlängerung wie bisher einvernehmlich vereinbart werden.

Zu Buchstabe b

Absatz 3 Satz 1 gleicht die Regelung über Nebenbestimmungen zu Freigabeentscheidungen dem europäischen Recht an (Artikel 6 Absatz 2 Unterabsatz 2 und Artikel 8 Absatz 2 Unterabsatz 2 FKVO). Damit wird verdeutlicht, dass Bedingungen und Auflagen auch bei den Verfahren des Bundeskartellamtes allein dem Zweck dienen, sicherzustellen, dass die beteiligten Unternehmen tatsächlich den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber dem Bundeskartellamt eingegangen sind, um eine Untersagung des Zusammenschlusses abzuwenden. Dabei sind Verhaltenszusagen möglich, wenn sie ebenso geeignet und wirksam sind wie Veräußerungszusagen, um das identifizierte Wettbewerbsproblem zu beseitigen. Zur Annahme von Verhaltenszusagen ist das Bundeskartellamt nur verpflichtet, wenn es die Durchführung der Zusagen effektiv kontrollieren kann. Aus diesem Grund bleibt es bei der Voraussetzung, dass sie nicht zu einer laufenden Verhaltenskontrolle führen dürfen.

Zu Nummer 24

Zu Buchstabe a

Die Neufassung des § 41 Absatz 1 Satz 3 entspricht in den Nummern 1 und 2 inhaltlich dem bisherigen Satz 3. Die neue Nummer 3 regelt darüber hinaus klarstellend, wann die zivilrechtliche Unwirksamkeitsfolge für sonstige Rechtsgeschäfte infolge des Verstoßes gegen das Vollzugsverbot nicht gilt beziehungsweise rückwirkend geheilt wird. Bis zur 7. GWB-Novelle war dies mit der „nachträglichen Freigabeentscheidung“ des Bundeskartellamtes für nachträglich angemeldete Zusammenschlüsse nach Durchführung des Untersagungsverfahrens der Fall. Seit der 7. GWB-Novelle setzt die Auflösung eines vollzogenen Zusammenschlusses nach § 41 Absatz 3 Satz 1 kein separates Untersagungsverfahren mehr voraus. Vollzogene Zusammenschlüsse sind sofort in einem Entflechtungsverfahren auf das Vorliegen der Untersagungsvoraussetzungen zu prüfen. Die Heilungswirkung einer Einstellung des Entflechtungsverfahrens durch Entscheidung oder formlos ist rechtlich zweifelhaft. Durch die neu eingefügte Nummer 3 wird den Unternehmen die Rechtssicherheit zurückgegeben, die früher bestand. Die schwebende Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte entfällt rückwirkend (ex tunc), wenn beziehungsweise soweit das Entflechtungsverfahren eingestellt wird oder eine Ministererlaubnis erteilt wurde.

Dies ist angesichts der erheblichen nachteiligen Folgen einer dauerhaften Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte für die Unternehmen gerechtfertigt, die mit dem durch die 7. GWB-Novelle eingeführten verkürzten unabhängigen Entflechtungsverfahren nicht bezweckt waren. Eine nachträgliche Heilungsmöglichkeit sehen auch andere Rechtsordnungen vor, die kein unabhängiges Entflechtungsverfahren kennen, wie zum Beispiel die FKVO. Dem Vollzugsverbot kommt aber eine große wettbewerbliche Bedeutung zu, um wettbewerbsschädliche Zustände zu verhindern, die nach einer Untersagung in vielen Fällen nur schwer wieder rückgängig gemacht werden können. Aus diesem Grund stellt die Heilungsmöglichkeit keinen Freibrief für eine nachlässige

Prüfung der Anmeldepflicht oder gar vorsätzliche Nichtanmeldungen dar. In den Genuss kommen, wie in der Vergangenheit, nur Unternehmen, die sich freiwillig nachträglich durch eine Anzeige der Fusionskontrolle unterwerfen. Dadurch wird auch klargestellt, dass eine nachträgliche Anmeldung von Zusammenschlüssen nicht mehr möglich ist und der Vorteil der kurzen Fusionskontrollfristen auf diese nachträglich im Entflechtungsverfahren geprüften Zusammenschlüsse keine Anwendung findet. Es gelten für das Bundeskartellamt im Entflechtungsverfahren keine Fristen. Der Gesetzgeber geht jedoch davon aus, dass nach Eingang der Anzeige des Vollzugs eines nicht angemeldeten Zusammenschlusses das Bundeskartellamt das Entflechtungsverfahren einleiten und in angemessener Zeit abschließen sowie den Unternehmen das Ergebnis der Prüfung mitteilen wird. Die Befugnis, den Verstoß gegen das Vollzugsverbot mit Geldbußen wirksam zu ahnden, bleibt von der Heilungsmöglichkeit unberührt.

Zu Buchstabe b

Durch den neu eingefügten § 41 Absatz 1a wird die nach Artikel 7 Absatz 2 der FKVO geltende Ausnahme vom Vollzugsverbot für öffentliche Übernahmeangebote und andere sukzessive Erwerbsvorgänge über die Börse, wenn mehrere Veräußerer beteiligt sind, übernommen. Eine automatische Ausnahme vom Vollzugsverbot gilt, wenn der Erwerb unverzüglich beim Bundeskartellamt angemeldet wird und die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte nicht ausgeübt werden. Das Vollzugsverbot wird insoweit auf ein Verbot der Stimmrechtsausübung abgemildert. Ziel dieser Ausnahme ist es, Rechtsunsicherheit zu vermeiden, die sich aus der schwebenden Unwirksamkeit für Massengeschäfte an der Börse ergeben kann. Sie erleichtert Transaktionen für börsennotierte Unternehmen über die Börse. Positiv wirkt sich die Angleichung an das europäische Recht beispielsweise in den Fällen aus, in denen nicht eindeutig ist, ob ein Erwerb unter die europäische oder die nationale Fusionskontrolle fällt. Rechtsunsicherheit wird ferner beseitigt, wenn Übernahmeangebote zunächst bei der Europäischen Kommission angemeldet, später aber von dort an das Bundeskartellamt verwiesen werden. Die Ausnahmeregelung ist wettbewerblich unbedenklich. Auf Antrag kann eine Befreiung vom Vollzugsverbot gewährt werden, wenn die Stimmrechte nur ausgeübt werden, um den vollen Wert der Investition zu erhalten.

Zu Nummer 25

Zu Buchstabe a

Es handelt sich um eine redaktionelle Änderung. Der bisherige Verweis in § 42 Absatz 2 Satz 2 auch auf § 40 Absatz 3 Satz 1 ist überflüssig, da die dort geregelte Möglichkeit, die Entscheidung mit Bedingungen und Auflagen zu verbinden, bereits unmittelbar von § 42 Absatz 2 Satz 1 erfasst ist.

Zu Buchstabe b

Zu Doppelbuchstabe aa

Die Ergänzung ist erforderlich, da seit der 7. GWB-Novelle das Entflechtungsverfahren nach § 41 Absatz 3 ohne vorheriges Untersagungsverfahren durchzuführen ist; d. h. eine Entflechtungsanordnung ergeht ohne vorhergehende Untersagungsentscheidung. Bisher fehlte eine Regelung, wann in diesen Fällen die Frist für den Antrag auf Erteilung einer Ministererlaubnis beginnt. Die Fristenregelung stellt klar, dass eine Entflechtungsanordnung ergehen kann, bevor klar ist, ob eine Ministererlaubnis beantragt oder erteilt wird. Die Entflechtungsverpflichtung besteht zwar nach § 41 Absatz 3 nur, „wenn nicht der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie nach § 42 die Erlaubnis zu dem Zusammenschluss erteilt.“ Dieses Ergebnis kann allerdings sichergestellt werden, indem die Kartellbehörde die Entflechtungsanordnung unter die aufschiebende Bedingung stellt, dass kein Antrag auf Ministererlaubnis gestellt oder keine Ministererlaubnis erteilt wird.

Zu Doppelbuchstabe bb

Die Ergänzung zum Fristbeginn bei Auflösungsanordnungen ist ebenfalls bedingt durch das mit der 7. GWB-Novelle geänderte Entflechtungsverfahren.

Zu Nummer 26

Die bisher sowohl in § 43 Absatz 2 Nummer 2 als auch in Nummer 3 geregelten Bekanntmachungspflichten im Fall einer Ministererlaubnis werden in Nummer 2 zusammengefasst. Bei der Ergänzung in § 43 Absatz 2 Nummer 3 handelt es sich um die Berichtigung eines redaktionellen Versehens. Neben der Rücknahme und dem Widerruf ist auch eine Änderung der Freigabe des Bundeskartellamtes von allgemeinem Interesse und deshalb im Bundesanzeiger bekannt zu machen.

Zu Nummer 27

Zu Buchstabe a

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Buchstabe b

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Buchstabe c

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Buchstabe d

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist. Dabei wird zudem klargestellt, dass Bedienstete von Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union bei den genannten Ermittlungen durch Bedienstete des Bundeskartellamtes nicht nur passiv anwesend sein dürfen, sondern sich auch aktiv daran beteiligen dürfen. Dass dies auch bislang schon galt, ergab sich aus der Gesetzesbegründung zu § 30 Absatz 4 (Bundestagsdrucksache 15/3640, S. 61 f.) und entsprach auch der Kommentarliteratur (Schneider, in: Langen/Bunte, 11. Aufl., Band 1, § 30 Rn. 20). Die Änderung bringt dies nun auch im Wortlaut klar zum Ausdruck. Zum anderen wird durch die Änderung ausdrücklich geregelt, dass Ermittlungsmaßnahmen, an denen Bedienstete von Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten der Europä-

ischen Union mitwirken dürfen, neben Durchsuchungen auch Vernehmungen sind. Dafür besteht ein praktisches Bedürfnis, insbesondere in Fällen grenzüberschreitender Kartelle. Auch hinsichtlich der Beteiligung von Bediensteten von Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union an Vernehmungen ist es sinnvoll, dass diese aktiv mitwirken dürfen. Denn diese haben die besten Kenntnisse vom Fall und vom Markt, soweit der Fall ein Gebiet außerhalb Deutschlands betrifft.

Zu Buchstabe e

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Nummer 28

Zu Buchstabe a

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Buchstabe b

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Nummer 29

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Nummer 30

Das Bundesversicherungsamt und die zuständigen Aufsichtsbehörden der Länder für die Krankenkassen werden als weitere Stellen benannt, mit denen die Kartellbehörden im Rahmen ihrer Aufgaben regelmäßig zusammenarbeiten. Damit ist sichergestellt, dass die Kartellbehörden bei der Anwendung des Kartellrechts auf die Krankenkassen im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben mit den Aufsichtsbehörden für die Krankenkassen zusammenarbeiten.

Zu Nummer 31

Durch die Änderung wird die Vorschrift des § 58 Absatz 2 an die im Straf- und Bußgeldverfahren geltende Rechtslage angepasst. Grund hierfür ist, dass in der Literatur der derzeit geltende Wortlaut als zwingend angesehen wird. Fristverstöße der Behörde im Verwaltungsverfahren führen zur Rechtswidrigkeit der Beschlagnahme und zur Herausgabepflicht der Behörde (vergleiche Schmidt/Bach, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 58 Rn. 17 m. w. N.). Damit weicht die Regelung zu Lasten der Kartellbehörde von der im Straf- und Bußgeldverfahren geltenden und häufig angewendeten Regelung des § 98 Absatz 2 der Strafprozessordnung ab. Eine Angleichung an die Vorschrift des § 98 Absatz 2 der Strafprozessordnung ist sachgerecht. Die Asservate können erfahrungsgemäß nicht immer innerhalb von drei Tagen von der Kartellbehörde beim Amtsgericht vorgelegt werden. Die Möglichkeit der Betroffenen, gemäß § 58 Absatz 3 jederzeit Rechtsmittel gegen die Beschlagnahme einzulegen, bleibt unberührt.

Darüber hinaus wird eine Zuständigkeitskonzentration beim Amtsgericht Bonn erreicht, die zum Gleichlauf mit der ebenfalls geänderten Zuständigkeit gemäß § 59 Absatz 4 Satz 1 sowie gemäß dem geltenden § 46 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten i. V. m. § 98 Absatz 2 der Strafprozessordnung als allgemeiner (straf)prozessualer Zuständigkeitsregelung führt. Die Beschlagnahme bei Durchsuchungen im Kartellverwaltungsverfahren ist eine Ausnahme im Bereich des deutschen Verwaltungsrechts. Das Beweismaß für die Darlegung der Beschlagnahmevoraussetzungen wird zukünftig durch ein auf Grund der Zuständigkeitskonzentration spezialisiertes Amtsgericht bestimmt. Zudem wird durch die Zuständigkeitskonzentration das unter der bisher geltenden Regelung in § 58 Absatz 2 und 3 erforderliche deutschlandweite Verschicken von teils umfangreichen beschlagnahmten Gegenständen durch die verschiedenen Amtsgerichte beziehungsweise die Kartellbehörde vermieden.

Zu Nummer 32

Zu Buchstabe a

Der neu eingefügte Satz 3 stellt klar, dass die Kartellbehörde die Form, in der Angaben zu machen sind, den betroffenen Unternehmen vorgeben kann. Insbesondere in Verfahren, in denen umfangreiche Daten angefordert und ausgewertet werden, wie etwa in Sektoruntersuchungen oder in Preismissbrauchsverfahren, können Daten in anderer als der von der Kartellbehörde vorgegebenen Form ansonsten praktisch unverwertbar sein. Bei elektronisch übermittelten Angaben kann die Kartellbehörde insbesondere eine Internetplattform zur Eingabe der Angaben vorgeben. In diesen Fällen wird sich der damit verbundene Aufwand für die Unternehmen und das Bundeskartellamt nicht unerheblich reduzieren.

Zu Buchstabe b

Die Änderung bezweckt in Anlehnung an das Ordnungswidrigkeitenrecht eine Zuständigkeitskonzentration für die Anordnung von Durchsuchungen. Bei Durchsuchungen im Verwaltungsverfahren haben sich in der Praxis des Bundeskartellamtes in der Vergangenheit häufiger Schwierigkeiten ergeben, für alle Durchsuchungsobjekte rechtzeitig eine richterliche Durchsuchungsanordnung zu erwirken. Sind von einer Durchsuchung mehrere Objekte betroffen, die zur Zuständigkeit unterschiedlicher Amtsgerichte gehören, lässt sich der Durchsuchungserfolg nur gewährleisten, wenn sämtliche Zielobjekte gleichzeitig durchsucht werden. Das Kartellrecht stellt ein Spezialgebiet der Rechtsordnung dar und ist insoweit häufig dem jeweils für den Erlass des Durchsuchungsbeschlusses im Verwaltungsfahren zuständigen Amtsrichter am Ort der Durchsuchung nicht so bekannt wie dem regelmäßig mit der Materie befassten Amtsrichter, so dass eine effektive Kontrolle unter Berücksichtigung der jeweiligen zeitlichen Zwänge erschwert wird. Dem lässt sich mit der Zuständigkeitskonzentration beim Amtsgericht am Sitz der Kartellbehörde abhelfen. Sie fördert durch eine größere Anzahl von Fällen die Sachkunde des zuständigen Richters, der damit seine Kontrollaufgabe besser und effektiver ausüben kann. Die Regelung vollzieht deshalb für die Durchsuchung im Verwaltungsverfahren die in der Strafprozessordnung bereits erfolgte Zuständigkeitskonzentration im Ordnungswidrigkeitenrecht nach. Nach der Neufassung des § 162 Absatz 1 der Strafprozessordnung ist für die Anordnung der Durchsuchung im Verwaltungsverfahren stets das Gericht am Sitz der Kartellbehörde zuständig.

Zu Buchstabe c

Absatz 5 erklärt § 55 der Strafprozessordnung für die zur Auskunft verpflichtete Person für entsprechend anwendbar, inhaltliche Änderungen sind damit nicht verbunden.

Zu Nummer 33

Es handelt sich um eine Folgeänderung, die auf Grund des neu eingefügten § 31b erforderlich ist. Die Kartellbehörde hat auch bei Verfügungen nach § 31b Absatz 3 die Möglichkeit, einstweilige Anordnungen zu treffen.

Zu Nummer 34

Die Änderung stellt klar, dass nur an Zustellungsbevollmächtigte im Inland zugestellt werden kann. Damit wird der Sache nach die Regelung des § 39 Absatz 3 Nummer 6 GWB übernommen und der heutigen Praxis des Bundeskartellamtes entsprochen. Soweit ausländische Anwaltskanzleien oder Unternehmen letztlich Verfügungsadressaten sind, werden Korrespondenzanwälte oder Kanzleibüros in Deutschland eingeschaltet. Die gesetzliche Klarstellung ist angesichts der auf das Gebiet Deutschlands beschränkten Anordnungsbefugnis der Kartellbehörde und der auf die Zustellung im Inland beschränkten Auslösung von gesetzlichen Fristen erforderlich.

Zu Nummer 35

Es handelt sich um Folgeänderungen, die auf Grund der neu eingefügten § 31b und § 32 Absatz 2a Satz 1 erforderlich geworden sind. Auch Beschwerden gegen Verfügungen nach § 31b Absatz 3 haben aufschiebende Wirkung, weil dies auch nach bisher geltendem Recht der Fall war und es beabsichtigt ist, die derzeitige Rechtslage ohne materielle Änderungen in den aktuellen Gesetzestext zu übertragen.

In Fällen, in denen die Kartellbehörde eine Rückerstattung der erwirtschafteten Vorteile nach § 32 Absatz 2a Satz 1 anordnet, ist eine sofortige Vollziehbarkeit nur schwer zu rechtfertigen. Die betroffenen Unternehmen hätten sonst bei einem späteren Obsiegen regelmäßig nur sehr geringe Chancen, die rückerstatteten Vorteile von einer Vielzahl von Empfängern zurück zu erhalten. Vor diesem Hintergrund erscheint es gerechtfertigt, den Beschwerden gegen Rückerstattungsanordnungen der Kartellbehörde im Regelfall aufschiebende Wirkung beizulegen. Sofern es im Einzelfall angezeigt erscheint, eine Rückerstattungsanordnung sofort zu vollziehen, bleibt es der Kartellbehörde unbenommen, die sofortige Vollziehbarkeit nach § 65 Absatz 1 anzuordnen, wenn dies in bestimmten Fällen im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse der Beteiligten geboten ist.

Zu Nummer 36

Zu Buchstabe a

Zu Doppelbuchstabe aa

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neuregelung des § 31a Absatz 1 für die Wasserwirtschaft. Mit der Regelung wird die bislang in § 80 Absatz 2 Nummer 1 i. V. m. Absatz 3 Nummer 6 GWB 1990 enthaltene Gebührenpflicht für die Anmeldung bestimmter Verträge bei der Kartellbehörde in diesem Bereich in den aktuellen Gesetzestext überführt.

Zu Doppelbuchstabe bb

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neuregelung des § 31b. Sie sieht eine Gebührenpflicht für Verfügungen der Kartellbehörde nach § 31b Absatz 3 vor.

Zu Doppelbuchstabe cc

Mit der Änderung der Nummer 3 wird klargestellt, dass auch die Einstellung eines Entflechtungsverfahrens nach § 41 Absatz 3 eine gebührenpflichtige Handlung des Bundeskartellamtes darstellt.

Zu Doppelbuchstabe dd

Der Inhalt der bisherigen Nummer 3 wird als Folgeänderung in die neue Nummer 4 überführt.

Zu Buchstabe b

Zu Doppelbuchstabe aa

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neuregelung des § 31b. Sie sieht eine Gebührenobergrenze von 25 000 Euro für gebührenpflichtige Verfügungen der Kartellbehörde nach § 31b Absatz 3 vor.

Darüber hinaus wird vor dem Hintergrund der Erfahrungen in der behördlichen Praxis die Gebührenobergrenze für Verfügungen nach § 32c von 7 500 Euro auf 25 000 Euro angehoben. Die bisherige Gebühr von 7 500 Euro ist sowohl relativ im Verhältnis zu den Gebühren für Entscheidungen nach §§ 32 und 32b als auch absolut erheblich zu niedrig. Im Verhältnis zu den Gebühren für Entscheidungen nach §§ 32 und 32b, die bis zu 25 000 Euro betragen können, ist die bisherige Gebühr für Entscheidungen nach § 32c zu niedrig, weil alle drei Verfahren den gleichen Aufwand verursachen können. Zu Beginn eines Verfahrens ist regelmäßig noch nicht absehbar, ob eine Entscheidung nach §§ 32, 32b oder 32c ergeht. Erst im Laufe der Ermittlungen wird erkennbar, ob ein Verhalten unzulässig ist und eine Verpflichtung zur Abstellung nach § 32 verfügt wird. Ein Verhalten kann auch mit Verpflichtungszusagen zulässig werden, so dass diese nach § 32b für verbindlich erklärt werden oder aber gegebenenfalls nach Änderung zulässig sein können, so dass eine Entscheidung nach § 32c ergehen kann. Das neben der wirtschaftlichen Bedeutung für die Höhe der Gebühr maßgebliche Kriterium ist aber nicht die technische Einkleidung des Ergebnisses, sondern der Aufwand für das Verfahren. Die Praxis der Kartellbehörden zeigt (BKartA, Tank und Rast – Aktenzeichen B 8 – 95/10M; BKartA, 2G-National Roaming – Aktenzeichen B 7 – 73/08), dass Entscheidungen auf der Grundlage von § 32c das Ergebnis von sehr aufwändigen Verfahren sein können, die sich nicht von aufwändigen Verfahren, die zu Untersagungen führten, unterscheiden.

Zu Doppelbuchstabe bb

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Änderung des § 80 Absatz 2 Nummer 2.

Zu Doppelbuchstabe cc

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neuregelung des § 31a. Die bisherige Gebührenobergrenze betrug nach § 80 Absatz 2 Nummer 1 i. V. m. Absatz 3 Nummer 6 GWB a. F. (1990) 5 000 DM. In Anbetracht dieser seit über 20 Jahren

nicht mehr angepassten Gebührenhöhe und der in der Zwischenzeit eingetretenen Preissteigerungen von durchschnittlich ca. 2 Prozent p. a. sieht die Norm zukünftig eine Gebührenobergrenze von 5 000 Euro für die Anmeldung wasserwirtschaftlicher Verträge nach § 31a Absatz 1 i. V. m. § 31 Absatz 1 Nummer 1, 2 und 4 vor. Bei der Bemessung der Gebühr sind weiterhin der sachliche und personelle Aufwand im Einzelfall zu berücksichtigen.

Zu Doppelbuchstabe dd

Es handelt sich um eine Folgeänderung der neu eingefügten Nummer 3 in Absatz 1.

Zu Buchstabe c

Die bisherige Regelung des Absatzes 4 Nummer 3 nimmt die Erteilung einer Ministererlaubnis von der Gebührenpflicht aus, wenn die vorangegangene Verfügung des Bundeskartellamtes nach § 36 Absatz 1 aufgehoben worden ist. Es ist kein Grund ersichtlich, warum im Vergleich dazu eine Gebührenpflicht im Fall einer Ministererlaubnis bestehen sollte, wenn durch die Ministererlaubnis eine Verfügung nach § 41 Absatz 3 aufgehoben worden ist. Die entsprechende Ergänzung des Tatbestandes um die Auflösungsverfügung stellt klar, dass auch in diesen Konstellationen keine Gebühren erhoben werden dürfen.

Zu Buchstabe d

Es handelt sich um eine Folgeänderung der neu eingefügten Nummer 3 in Absatz 1.

Zu Nummer 37

Zu Buchstabe a

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neuregelung der §§ 19 und 20.

Zu Buchstabe b

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neuregelung des § 31b. Sie sieht eine Bußgeldbewehrung für die Fälle vor, in denen einer vollziehbaren Anordnung der Kartellbehörde nach § 31b Absatz 3 zuwider gehandelt wird.

Zu Buchstabe c

Es handelt sich um eine Folgeänderung durch die neu eingefügte Nummer 7.

Zu Buchstabe d

Es handelt sich um eine Folgeänderung durch die neu eingefügte Nummer 7.

Zu Buchstabe e

Die Vorschrift dient in erster Linie dem Zweck, den Erlass eines Bußgeldbescheids gegen die nach § 81a auskunftspflichtige juristische Person oder Personenvereinigung zu ermöglichen (§ 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten – OWiG), um auf diese Weise die Auskunftspflicht gegenüber der juristischen Person oder Personenvereinigung durchzusetzen. Von der Festsetzung eines Bußgeldbescheids gegen die für die juristische Person handelnde natürliche Person wird in der Regel abzusehen und das Verfahren gemäß § 47 OWiG einzustellen sein.

Zu Nummer 38

Seit der Einführung der Bonusregelung durch das Bundeskartellamt im Jahr 2006 hat die Verfolgung von Kartellabsprachen, insbesondere von so genannten Hardcore-Kartellen, stark zugenommen. Hierzu zählen unter anderem Absprachen zwischen Unternehmen über die Festsetzung von Preisen oder Absatzquoten sowie über die Aufteilung von Märkten. Solche Absprachen sind schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen, die sich für die Verbraucher grundsätzlich preistreibend auswirken und deshalb in hohem Maße wirtschafts- und sozialschädlich sind. Obwohl das Bundeskartellamt mittlerweile drei auf die Kartellverfolgung spezialisierte Beschlussabteilungen eingerichtet hat, die von einer Sonderkommission Kartellbekämpfung unterstützt werden, sind die Verfahren nach wie vor sehr komplex, aufwändig und langwierig. Anders als die Europäische Kommission müssen die Kartellbehörden in Deutschland in Bußgeldverfahren prinzipiell ohne jegliche Kooperation der betroffenen Unternehmen ermitteln. Dementsprechend müssen auch Informationen, die nicht die Tat selbst betreffen, sondern nur für die Festsetzung der Geldbuße von Bedeutung sind (Umsatzdaten, Konzernzusammenhänge), ermittelt werden. Im Rahmen solcher Ermittlungen sind bislang in einigen Fällen auch nochmalige Durchsuchungen erforderlich geworden, die sowohl für die Kartellbehörden als auch für die Unternehmen erheblichen zusätzlichen Aufwand verursachen. Der Europäischen Kommission, die ein Verfahren des Bundeskartellamtes, soweit es sich auf Artikel 101 oder 102 AEUV stützt, jederzeit an sich ziehen kann (Artikel 11 Absatz 6 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003), stehen hingegen bereits heute weitgehende bußgeldbewehrte Auskunftsrechte nach Artikel 18 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 zu.

Um die erfolgreiche Arbeit der Kartellbehörden weiter zu fördern, sieht der neue § 81a eine Regelung über Auskunftspflichten von juristischen Personen und Personenvereinigungen vor, die unter Wahrung der Verteidigungsinteressen den Abschluss von Kartellverfahren beschleunigen soll. Sie stellt einen abgewogenen Ausgleich zwischen dem rechtsstaatlichen Gebot einer effektiven und effizienten Ahndung von Kartellrechtsrechtsverstößen und der Wahrung der Verteidigungsinteressen dar.

Bei der Bemessung der Kartellgeldbußen von Nebenbetroffenen spielt, anders als bei anderen Wirtschaftsdelikten, der Umsatz in zweierlei Hinsicht eine maßgebliche Rolle. Zum einen ist der tatbezogene Umsatz, also der Umsatz, der von dem betroffenen Unternehmen mit den Produkten beziehungsweise Dienstleistungen, die mit der kartellrechtlichen Zuwiderhandlung in Zusammenhang steht, Ausgangspunkt für die Bemessung der Geldbuße. Zum anderen ist der Gesamtumsatz des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung in dem der Behördenentscheidung vorausgegangenen Geschäftsjahr von Bedeutung, wenn es um die Frage geht, ob die nach den allgemeinen Grundsätzen ermittelte Geldbuße nach § 81 Absatz 4 Satz 2 gekappt wird. Bei der Ermittlung des Gesamtumsatzes ist der weltweite Umsatz aller natürlichen und juristischen Personen zugrunde zu legen, die als wirtschaftliche Einheit operieren (vergleiche § 81

Absatz 4 Satz 3). Die Auskunftspflicht erstreckt sich auch auf die vorausgegangenen fünf Geschäftsjahre, weil die Kartellbehörde bei ihrer Entscheidung auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bei der Bußgeldbemessung berücksichtigen muss. Beruft sich ein Unternehmen darauf, gestattet ein Vergleich mit den vorangegangenen Geschäftsjahren eine Einschätzung, ob tatsächlich die zu verhängende Geldbuße die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bedroht oder die Bedrohung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht bereits durch das unternehmerische Handeln in der Vergangenheit angelegt war. Von Relevanz sind die vorausgegangenen Geschäftsjahre außerdem bei der Bestimmung der angemessenen Geldbuße gegenüber dem Rechtsnachfolger, dessen Höhe nicht die angemessene Geldbuße gegenüber dem Rechtsvorgänger übersteigen darf und in Fällen, in denen die Frage im Raum steht, ob eine unrechtmäßige Entreicherung vorliegt oder nicht.

Absatz 1 Satz 1 legt den Normadressatenkreis fest und nennt die Tatsachen, über die Auskünfte zu erteilen und Unterlagen herauszugeben sind. Normadressaten sind nur juristische Personen und Personenvereinigungen. Anders als natürlichen Personen ist diesen verfassungsrechtlich keine Selbstbelastungsfreiheit garantiert. Die Selbstbelastungsfreiheit ist Ausfluss der Garantie der Menschenwürde, die auf juristische Personen und Personenvereinigungen nicht wesensgleich im Sinne von Artikel 19 Absatz 3 des Grundgesetzes anwendbar ist. Die Tatsachen, über die Auskünfte zu erteilen und Unterlagen herauszugeben sind, sind „tatferne“ Informationen. Absatz 1 Satz 2 stellt klar, dass sich die Auskunftspflicht auf die weltweiten Umsätze aller natürlichen und juristischen Personen erstreckt, die als wirtschaftliche Einheit operieren. Dabei ist der Begriff der wirtschaftlichen Einheit im Sinne der ständigen Rechtsprechung der europäischen Gerichte auszulegen. Nach § 81a Absatz 1 Nummer 2 können Kartellbehörden beispielsweise auch gebietsbezogene Umsätze (seien es deutschlandweite, regionale oder lokale Umsätze) abfragen, indem sie das maßgebliche Gebiet als abstraktes Merkmal vorgeben.

Absatz 2 stellt klar, dass die Auskunfts- und Herausgabepflichten des Absatzes 1 entsprechend für die Erteilung einer Auskunft oder die Herausgabe von Unterlagen an das Gericht gelten.

Absatz 3 modifiziert die Auskunftspflichten der für die juristische Person oder Personenvereinigung handelnden natürlichen Person insofern, als letztere sich oder einen der in § 52 Absatz der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen durch die Auskunft selbst belasten würde.

Zu Nummer 39

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Nummer 40

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Nummer 41

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Die notwendigen Schriftstücke in Absatz 2 Satz 2 umfassen die Kopien aller Schriftsätze sowie die Abschriften aller Protokolle, Verfügungen und Entscheidungen. Absatz 2 Satz 3 wird gestrichen, da die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) mangels verdrängender bereichsspezifischer Vorschriften ohnehin unmittelbar zur Anwendung kommen. Der bestehende Verweis ist insofern überflüssig. Sollten Gerichte der Länder personenbezogene Daten übermitteln, richtet sich die Zulässigkeit nach den entsprechenden Vorschriften in den Landesdatenschutzgesetzen. Das BDSG ist in diesen Fällen nicht anwendbar.

Zu Nummer 42

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Nummer 43

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Zu Nummer 44

Die Regelungen in den Absätzen 1 bis 5 und 7 enthalten Übergangsvorschriften, die inzwischen außer Kraft getreten sind. Der Regelungsgehalt des Absatzes 6 wird in die neuen §§ 31 bis 31b überführt. Infolgedessen sind diese Vorschriften zu streichen und die verbleibenden Vorschriften umzubenennen.

Die bislang bis zum 31. Dezember 2012 befristete Geltungsdauer von § 29 wird um fünf Jahre bis zum 31. Dezember 2017 verlängert. Mit der Vorschrift haben die Kartellbehörden schärfere Instrumente zur Verfolgung von Missbräuchen durch marktbeherrschende Unternehmen im Bereich der leitungsgebundenen Elektrizitäts- und Gasversorgung erhalten. Hintergrund waren Preisentwicklungen, die auf die Marktstruktur zurückgeführt wurden, da sich der Wettbewerb auf diesen Märkten noch nicht hinreichend entwickelt hatte. Die zusätzlichen Befugnisse im Vergleich zur allgemeinen Missbrauchsaufsicht waren die nötige flankierende kartellrechtliche Maßnahme, um ein effektives Vorgehen gegen Preismissbräuche zu gewährleisten, bis die vom Gesetzgeber im Übrigen ergriffenen strukturellen Maßnahmen zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen im Energiebereich ihre Wirkung entfalten konnten. Die Einführung von § 29 hat die effiziente Durchführung von Preismissbrauchsverfahren im Energiebereich erheblich erleichtert und wesentlich dazu beigetragen, dass die durchgeführten Preismissbrauchsverfahren, etwa im Gasendkundenbereich und bei Heizstrom zügig und erfolgreich abgeschlossen werden konnten. Befürchtungen, ein flächendeckendes Vorgehen des Bundeskartellamtes könnte neue Anbieter vom Markteintritt abhalten, haben sich nicht bewahrheitet. Dies hat etwa die Vielzahl neuer in den Gasmarkt eingetretener Anbieter gezeigt. Zwar hat sich die wettbewerbliche Entwicklung auf den Strom- und Gasmärkten auf Endkunden- und auch auf Großhandelsebene grundsätzlich positiv entwickelt. Dennoch verbleiben Bereiche der Energieversorgung, in denen der Übergang von monopolistisch geprägten Märkten zu Wettbewerbsmärkten nach wie vor nicht hinreichend gelungen ist. Zum besseren Schutz der Marktgegenseite vor Ausbeutungsmissbräuchen ist deshalb die befristete Verlängerung der Anwendbarkeit des § 29 im Strom- und Gasbereich

geboten. Das gilt vor allem bei Heizstrom, kann aber, wie die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes gezeigt hat, zum Beispiel auch für Bereiche der Stromerzeugung und des Stromgroßhandels zum Tragen kommen.

Zu Artikel 2 (Weitere Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen)

Das durch das Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2966) verschärfte Verbot des Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreis in § 20 Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 wird zunächst um fünf Jahre verlängert. Aus diesem Grund begrenzt Artikel 2 in Verbindung mit Artikel 6 die Geltungsdauer der Vorschrift bis zum 31. Dezember 2017; danach tritt inhaltlich die bis zum 21. Dezember 2007 gültige Fassung wieder in Kraft.

Zu Artikel 3 (Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch)

Zu Nummer 1

Das Kartellverbot und die Missbrauchsaufsicht werden auf das Verhältnis der Krankenkassen untereinander und zu den Versicherten für entsprechend anwendbar erklärt. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der das Landessozialgericht Hessen in seinem Urteil vom 15. September 2011 (L 1 KR 89/10 KL) gefolgt ist, unterfallen Krankenkassen nicht dem Unternehmensbegriff des europäischen Rechts. Der Bundesgesetzgeber hat daher bei den letzten Novellierungen des § 69 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch (SGB V) auf Grund der nicht gegebenen Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen als Nachfrager von Leistungen lediglich eine „entsprechende“ Anwendung der Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen angeordnet und damit das Verhältnis zwischen Krankenkassen und den Leistungserbringern unter den Schutz des Wettbewerbsrechtes gestellt. Mit der nun erfolgenden Neuregelung gelten das Kartellverbot und die Missbrauchsaufsicht nicht mehr nur für die Beziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern, sondern ausdrücklich auch für die Beziehungen der Krankenkassen zu den Versicherten sowie für Abreden und Vereinbarungen zwischen den Krankenkassen, etwa für das abgestimmte Verhalten von Krankenkassen bei der Erhebung von Zusatzbeiträgen. Nach den Ausnahmeregelungen in § 69 Absatz 2 Satz 2 und 3 SGB V ist das Kartellrecht im Verhältnis der Krankenkassen zu den Leistungserbringern nicht anwendbar auf die Verhaltensweisen der Krankenkassen, von deren Verbänden sowie des Gemeinsamen Bundesausschusses, zu denen diese Institutionen gesetzlich verpflichtet sind. Dies ist sachgerecht, da die handelnden Institutionen in ihrem Verhalten festgelegt sind und somit keine Wettbewerbssituation besteht. Aus den gleichen Gründen ist auf die genannten Handlungsweisen nach Satz 3 das Kartellrecht nicht im Verhältnis der Krankenkassen untereinander und zu den Versicherten anwendbar. Somit ist die Festbetragsgruppenbildung durch den gemeinsamen Bundesausschuss nach § 35 Absatz 1 SGB V oder die Festsetzung von Festbeträgen durch den Spitzenverband Bund der Krankenkassen nach § 35 Absatz 3 SGB V einer kartellrechtlichen Überprüfung nicht zugänglich. Gleiches gilt für die Vereinbarungen zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen und pharmazeutischen Unternehmern über Erstattungsbeträge für Arzneimittel nach § 130b SGB V.

Satz 1 gibt den Krankenkassen vor, im Interesse ihrer Leistungsfähigkeit und der Wirtschaftlichkeit der gesetzlichen Krankenversicherung zusammenzuarbeiten. Auf dieser Vorschrift basierende Kooperationen und Arbeitsgemeinschaften sind weiterhin möglich und wünschenswert, so lange die dort vereinbarte Zusammenarbeit nicht wettbewerbswidrig nach den Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist. Dabei berücksichtigen das Bundeskartellamt und die Gerichte etwa, dass Arbeitsgemeinschaften zu zusätzlichem Wettbewerb führen können (sog. Arbeitsgemeinschaftsgedanke) oder bei geringem Marktanteil den Wettbewerb nicht spürbar beeinträchtigen (vgl. dazu die Bagatellbekanntmachung des Bundeskartellamtes). Gemeinsame Verhaltensweisen der Krankenkassen, deren Schwerpunkt nicht in einer Beschränkung des Wettbewerbs, sondern in einer im Patienteninteresse sinnvollen gemeinsamen Organisation der Versorgung liegt, dürften kartellrechtlich unbedenklich sein. Zu nennen wäre hier etwa die Kooperationsgemeinschaft Mammographiescreening, die im Jahr 2005 von den damaligen Spitzenverbänden der Krankenkassen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung gegründet wurde, und deren Ziel es ist, ein bundesweit einheitliches Krebsfrüherkennungsprogramm zu organisieren. Auch die in § 212 Absatz 5 Satz 5 geregelte Möglichkeit, wonach die Ersatzkassen sich auf eine gemeinsame Vertretung auf Landesebene einigen können, bleibt grundsätzlich erhalten.

Darüber hinaus wird der bereits richterrechtlich entwickelte und aus der gesetzlichen Pflicht zur sachbezogenen Information und zur Rücksichtnahme auf die Belange der anderen Krankenversicherungsträger aus den §§ 13 bis 15 des Ersten Buches Sozialgesetzbuch (SGB I) und § 86 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch (SGB X) abgeleitete Unterlassungsanspruch einer Krankenkasse gegen unzulässige Werbemaßnahmen einer anderen Krankenkasse normiert (vergleiche den Beschluss des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 10. Juli 1989; Aktenzeichen GmS-OGB 1/88). Der Mitglieder- und Servicewettbewerb unter den Krankenkassen wird – soweit er sozialgesetzlich zugelassen ist – durch die Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätze der Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenversicherung konkretisiert. Daneben ist das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb auf Krankenkassen auf Grund der hier nicht gegebenen Unternehmenseigenschaft nach geltender Rechtslage nicht anwendbar, denn Krankenkassen treten ihren Mitgliedern nicht im geschäftlichen Verkehr, sondern in Erfüllung sozialgesetzlicher Aufgaben gegenüber. Krankenkassen stehen als Körperschaften des öffentlichen Rechts nur zur Erfüllung ihres sozialen Auftrags im Wettbewerb untereinander und sind dabei besonderen Beschränkungen unterworfen, die über die Anforderungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb hinausgehen. Gleichwohl lehnen sich die Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätze der Aufsichtsbehörden an einzelne Wertungsmaßstäbe des Lauterkeitsrechts an, so dass sich auch für die gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung des sozialrechtlichen Unterlassungsanspruchs die Frage nach vergleichbaren verfahrensrechtlichen Regelungen stellt. Durch Verweis auf den entsprechend anwendbaren § 12 des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) haben die Krankenkassen die

Möglichkeit, einem unlauteren Wettbewerb im Wege der Abmahnung und des einstweiligen Rechtsschutzes nach dem Sozialgerichtsgesetz (SGG) unter Beachtung einer gesetzlichen Dringlichkeitsvermutung entgegenzutreten. Die Anrufung der staatlichen Aufsichtsbehörden ist daneben möglich, da deren Zuständigkeit für die Überprüfung des Mitglieder- und Servicewettbewerbs unter den Krankenkassen im Hinblick auf das Lauterbarkeitsrecht unangetastet bleibt. Diese ist jedoch gegenüber einer schnellen außergerichtlichen oder gerichtlichen Klärung zwischen den Krankenkassen nicht vorrangig.

Zu Nummer 2

Mit dieser Vorschrift werden die Regelungen über die Zusammenschlusskontrolle durch das Bundeskartellamt nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) bei der freiwilligen Vereinigung von Krankenkassen für entsprechend anwendbar erklärt. Die grundsätzliche Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden im Sinne des § 90 SGB IV für die Genehmigung freiwilliger Vereinigungen von Krankenkassen nach den sozialrechtlichen Vorschriften bleibt hiervon unberührt.

Wie im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung üblich, ist bei der Frage der Marktbeherrschung nicht allein der durch die Vereinigung erzielte Marktanteil maßgeblich. Entscheidend ist die Marktsstellung unter Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände, je nach relevantem Markt etwa gegenüber den Versicherten oder den Leistungserbringern. So ist zum Beispiel das Verhältnis von Krankenkassen und Leistungserbringern nach wie vor stark von so genannten Kollektivverträgen also Verträgen zwischen mehreren Beteiligten oder ihren Verbänden auf beiden Seiten geprägt, die ein Kräftegleichgewicht in der Regel sicherstellen. Dies kann sich jedoch in Zukunft ändern, wenn Krankenkassen vermehrt die bereits bestehenden Möglichkeiten des Abschlusses von Selektivverträgen nutzen.

Zu Absatz 1

In Absatz 1 wird geregelt, welche Vorschriften des GWB bei der freiwilligen Vereinigung von Krankenkassen Anwendung finden. Die §§ 35 bis 43 GWB finden dabei nach Maßgabe des Absatzes 2 entsprechende Anwendung, in dem Besonderheiten geregelt werden, die bei Vereinigungen von Krankenkassen im Zusammenspiel der Regelungen des GWB mit den Bestimmungen des SGB V zu beachten sind. Die Umsatzberechnung erfolgte bei den bislang beim Bundeskartellamt angemeldeten Zusammenschlussvorhaben von Krankenkassen anhand der Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds nach § 266 SGB V, die durch Ausgleichszahlungen im Sinne des § 242b SGB V zu korrigieren sind, sowie Einnahmen aus Zusatzbeiträgen nach § 242 SGB V. Bei den Krankenkassen sind deshalb die Einnahmen aus Zuweisungen und Zusatzbeiträgen als Umsätze für die Umsatzschwellen der Fusionskontrolle heranzuziehen.

Zu Absatz 2

Satz 1 enthält eine Regelung, mit der das Verfahren der Zusammenschlusskontrolle nach dem GWB und das Genehmigungsverfahren nach dem SGB V aufeinander abgestimmt werden. Die zuständigen Aufsichtsbehörden genehmigen die freiwillige Vereinigung von Krankenkassen (§ 144 Absatz 3 SGB V für die Vereinigung von Ortskrankenkassen, der nach § 150 Absatz 2 Satz 1, § 160 Absatz 1 Satz 3, § 168a Absatz 1 Satz 3, § 171a Absatz 1 Satz 3 SGB V auch für die Vereinigung von Betriebskrankenkassen, Innungskrankenkassen, Ersatzkrankenkassen sowie für die kassenartenübergreifende Vereinigung gilt). Mit dem Zeitpunkt, an dem die Vereinigung wirksam wird, sind die bisherigen Krankenkassen geschlossen und die neue Krankenkasse tritt in die Rechte und Pflichten der bisherigen Krankenkassen ein (§ 144 Absatz 4 SGB V). Eine anschließende Untersagung des Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt würde daher ins Leere laufen. Aus diesem Grund wird in Satz 1 angeordnet, dass die Genehmigung durch die Aufsichtsbehörden nur erfolgen darf, wenn das Bundeskartellamt den Zusammenschluss nicht untersagt. Tritt das Bundeskartellamt innerhalb einer Frist von einem Monat seit Eingang der vollständigen Anmeldung nicht in das Hauptprüfverfahren ein, darf es den Zusammenschluss nicht untersagen (§ 40 Absatz 1 GWB) und die zuständigen Aufsichtsbehörden dürfen die Vereinigung daher genehmigen. Ansonsten entscheidet das Bundeskartellamt im Hauptprüfverfahren, ob der Zusammenschluss untersagt oder freigegeben wird (§ 40 Absatz 2 Satz 1 GWB). Der Zusammenschluss gilt als freigegeben, wenn die Verfügung nicht innerhalb von vier Monaten nach Eingang der vollständigen Anmeldung den anmeldenden Krankenkassen zugestellt wird (vgl. § 40 Absatz 2 Satz 2 GWB). Ist die Freigabe erfolgt, dürfen die zuständigen Aufsichtsbehörden die Genehmigung zur Vereinigung erteilen.

Für die Vereinigung zur Vermeidung der Schließung oder Insolvenz einer Krankenkasse (so genannte Rettungsfusion) ist die in § 40 Absatz 2 Satz 2 GWB vorgesehene Frist von vier Monaten zu lang, weil schon vor Ablauf dieser Frist die Entscheidung der Aufsichtsbehörde über Schließung oder Insolvenz getroffen werden muss. Durch die Regelung in Satz 2 wird die Frist für diese Ausnahmefälle auf sechs Wochen verkürzt und orientiert sich damit an der Frist von acht Wochen zwischen dem Erlass eines Schließungsbescheides durch die Aufsichtsbehörde und dem Wirksamwerden der Schließung nach § 146a Satz 2, § 153 Satz 2, § 163 Satz 2 und § 170 Satz 2 SGB V. Durch eine beschleunigte Zusammenschlusskontrolle bleibt die Möglichkeit so lange wie möglich erhalten, kurzfristig vor Erlass des Schließungsbescheides noch ein Verfahren einzuleiten, um die Schließung durch Vereinigung zu vermeiden, und dieses rechtzeitig vor Wirksamwerden der Schließung abzuschließen.

Satz 3 bestimmt, dass neben die obersten Landesbehörden, denen nach § 40 Absatz 4 GWB vor einer Untersagung beziehungsweise nach § 42 Absatz 4 Satz 2 GWB vor der Entscheidung des Ministers Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist, die für die Vereinigung nach dem SGB V zuständigen Aufsichtsbehörden treten. Die Aufsicht über die gesetzlichen Krankenkassen führen das Bundesversicherungsamt beziehungsweise die zuständigen Landesbehörden (§ 90 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch – SGB IV).

Die Entflechtungsbefugnis nach § 41 Absatz 3 und 4 GWB ist für den Bereich der gesetzlichen Krankenkassen nicht erforderlich (Satz 4). Die freiwillige Vereinigung von Krankenkassen bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung durch die zuständigen Aufsichtsbehörden. Durch die Regelung in Satz 1 ist sichergestellt, dass eine Vereinigung nicht vor der Freigabe durch das Bundeskartellamt vollzogen wer-

den kann. Überdies kann die Vereinigung gesetzlicher Krankenkassen auch nicht rückgängig gemacht werden (siehe oben Begründung zu Satz 1).

Zu Artikel 4 (Änderungen anderer Rechtsvorschriften)

Zu Absatz 1

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neuregelung der §§ 19 und 20 GWB.

Zu Absatz 2

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neuregelung der §§ 18 bis 20 GWB.

Zu Absatz 3

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neuregelung der §§ 19 und 20 GWB.

Zu Absatz 4

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neuregelung der §§ 19 und 20 GWB.

Zu Absatz 5

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neuregelung der §§ 19 und 20 GWB.

Zu Absatz 6

Die Änderung der Gewerbeordnung zielt darauf ab, zukünftig bei vergaberechtlichen Entscheidungen auch zurückliegende kartellrechtliche Verstöße berücksichtigen zu können. Die Ergänzung ist erforderlich, weil die Vorschrift bislang vom Bundesamt für Justiz dahin ausgelegt wird, dass die darin nicht erwähnten Verurteilungen wegen Kartellordnungswidrigkeiten den Behörden und öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 98 Nummer 1 bis 3 und 5 des GWB nicht mitgeteilt werden dürfen, obwohl gemäß § 6 Absatz 5 Buchstabe c und § 6 EG Absatz 6 Buchstabe c der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A (VOL/A) Bewerber von der Teilnahme ausgeschlossen werden können, die nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt.

Zu Absatz 7

Die Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes bezweckt, kartellrechtliche Schadensersatzansprüche (zum Beispiel nach § 33 Absatz 3 GWB) nicht mehr in die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen fallen zu lassen. Auf Grund der Natur einer Absprache, die mindestens zwei Parteien benötigt, richten sich Kartellschadensersatzklagen häufig gegen mehrere Kartellteilnehmer, die als Gesamtschuldner haften. Kartelle erstrecken sich regelmäßig über einen längeren Zeitraum und sind sachlich, ökonomisch und rechtlich komplex. Dementsprechend sind auch die Ermittlung des Sachverhaltes und dessen ökonomische und rechtliche Bewertung, insbesondere hinsichtlich der Kausalität und des Schadens, in einem Prozess sehr aufwändig. Dieser Aufwand steigt noch weiter an, wenn der Fall ausländische Bezüge aufweist.

§ 87 GWB begründet die ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte für Kartellzivilstreitigkeiten. § 89 GWB eröffnet die Möglichkeit, die Streitigkeiten nach § 87 GWB bei bestimmten Landgerichten auch für die Bezirke mehrerer Landgerichte zu konzentrieren. Bei den zuständigen Landgerichten ist entweder die allgemeine Zivilkammer als Kartellkammer oder die Kammer für Handelssachen als Kartellkammer zuständig. Denn kartellrechtliche Zivilstreitigkeiten sind nach § 95 Absatz 2 Nummer 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes Handelssachen. Dementsprechend ist nach §§ 96, 98 des Gerichtsverfassungsgesetzes, bei einem in der Praxis regelmäßig gestellten Verweisungsantrag des Beklagten, die Kammer für Handelssachen für die Kartellzivilsache zuständig. Nach § 105 Absatz 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes entscheidet diese grundsätzlich mit einem Mitglied des Landgerichts als Vorsitzenden und zwei ehrenamtlichen Richtern.

Die geänderte Norm weist kartellrechtliche Zivilsachen den Kollegialspruchkörpern der allgemeinen Zivilkammern zu. Diese können die mit den Schadensersatzansprüchen regelmäßig verbundenen komplexen sachlichen, ökonomischen und rechtlichen Fragen besser bewältigen als die meist mit nur einem Berufsrichter besetzte Kammer für Handelssachen.

Zu Absatz 8

Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit wird auf die entsprechende Anwendung der Kartellaufsicht über Krankenkassen und ihre Verbände sowie die Zusammenschlusskontrolle nach den Vorschriften des GWB bei der Vereinigung von Krankenkassen ausgedehnt. Damit wird eine einheitliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte neben der bereits bisher geltenden Zuständigkeit für die Kontrolle von Vergabeverfahren auch für alle Verfahren vor den Kartellbehörden nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen sichergestellt. Für Streitigkeiten von Versicherten oder Leistungserbringern mit Krankenkassen um die Anwendung und Auslegung sozialrechtlicher Vorschriften bleiben im Übrigen die Sozialgerichte zuständig.

Zu Artikel 5 (Neubekanntmachung)

Auf Grund der zahlreichen Änderungen ist eine Neubekanntmachung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen angebracht. Die Vorschrift enthält die erforderliche Ermächtigung.

Zu Artikel 6 (Inkrafttreten, Außerkrafttreten)

Die Vorschrift regelt das Inkraft- und Außerkrafttreten.

Anlage 2

Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates

Der Nationale Normenkontrollrat hat das Regelungsvorhaben geprüft. Das Ressort hat die Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand ausführlich und nachvollziehbar dargestellt.

Danach führt das Regelungsvorhaben für die Wirtschaft zu einer jährlichen Reduzierung der Bürokratiekosten von 358 000 Euro. Für die Verwaltung führt das Regelungshaben zu einer Reduzierung des jährlichen Erfüllungsaufwands von rund 133 000 Euro sowie einem einmaligen Umstellungsaufwand von rund 100 000 Euro.

Das Regelungsvorhaben leistet damit einen guten Beitrag zu Bürokratieabbau und besserer Rechtsetzung. Im Rahmen seines gesetzlichen Prüfauftrags begrüßt der Nationale Normenkontrollrat das Regelungsvorhaben.

Anlage 3

Stellungnahme des Bundesrates

Der Bundesrat hat in seiner 896. Sitzung am 11. Mai 2012 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. **Zum Gesetzentwurf allgemein**

   Die Kartellbehörden haben in Ordnungswidrigkeitenverfahren mit mehreren drängenden Problemen zu kämpfen, die bereits in der Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Referentenentwurf angesprochen wurden und die eine effiziente Kartellverfolgung verhindern. Darunter leidet die Abschreckung als primäres Ziel der Kartellverfolgung ganz erheblich. Der Bundesrat bittet daher darum, im weiteren Gesetzgebungsverfahren im Bereich der Kartellverfolgung durch gesetzgeberische Maßnahmen zumindest in den vier nachfolgend genannten Bereichen noch im Rahmen der 8. GWB-Novelle Verbesserungen herbeizuführen:

   a) Zur bußgeldrechtlichen Haftung der Gesamtrechtsnachfolger

      Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat zuletzt in seinem Beschluss vom 10. August 2011 (KRB 55/10, NJW 2012, 164 ff.) dargelegt, dass gegen den Gesamtrechtsnachfolger der Organisation, deren Organ die Tat begangen hat, ein Bußgeld nur dann verhängt werden könne, wenn zwischen der früheren und der neuen Vermögensverbindung nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise nahezu Identität bestehe. Eine solche wirtschaftliche Identität sei jedoch nur gegeben, wenn das „haftende Vermögen“ weiterhin vom Vermögen des gemäß § 30 OWiG Verantwortlichen getrennt, in gleicher oder in ähnlicher Weise wie bisher eingesetzt werde und in der neuen juristischen Person einen wesentlichen Teil des Gesamtvermögens ausmache. Einer weitergehenden Erstreckung der bußgeldrechtlichen Haftung stehe angesichts des Wortlauts des § 30 OWiG („so kann gegen diese eine Geldbuße festgesetzt werden“) das Analogieverbot des Artikels 103 Absatz 2 des Grundgesetzes entgegen. Mit dieser Entscheidung hat der Kartellsenat seine langjährige frühere Rechtsprechung bestätigt.

      Die bestehende Rechtlage kann – hierauf weist auch der Bundesgerichtshof in der genannten Entscheidung hin – zu für die Kartellverfolgung fatalen Konsequenzen führen, soweit sie den Unternehmen die Möglichkeiten eröffnet, sich bußgeldrechtlichen Sanktionen zu entziehen, indem sie durch die gezielte Wahl gesellschaftsrechtlicher Gestaltungen eine Rechtsnachfolge herbeiführen, die – etwa bei Verschmelzungen – nicht die durch die Rechtsprechung formulierten Anforderungen an die wirtschaftliche Identität erfüllt.

      Diese Regelungslücke muss im Interesse einer wirksamen Kartellverfolgung geschlossen werden. Dabei sollte bei einer entsprechenden Regelung ein Gleichlauf mit dem europäischen Kartellrecht angestrebt werden, das eine effektive Kartellverfolgung auch bei Gesamtrechtsnachfolge und in den wichtigen einschlägigen Konstellationen der Einzelrechtsnachfolge sicherstellt.

      Der Bundesrat bittet, die dargestellte Regelungslücke im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu schließen.

   b) Im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist klarzustellen, dass Konzernobergesellschaften kartellrechtlich zur Aufsicht über die Konzernunternehmen verpflichtet sind.

      Bezüglich der Aufsichtspflichten in Konzernen haftet die Konzernobergesellschaft nach derzeitiger Praxis in Deutschland gemäß § 130 OWiG, wenn sie ihren Aufsichtspflichten nicht nachkommt. Damit wird der europarechtlichen Vorgabe Rechnung getragen, Unternehmen – verstanden als wirtschaftliche Einheit verschiedener juristischer Personen – bußgeldrechtlich zu erfassen. Allerdings besteht hier erhebliche Rechtsunsicherheit. Da der Konzern Adressat des europäischen Kartellrechts ist, darf sich die kartellrechtliche Verantwortlichkeit nicht nur auf die unmittelbar handelnde juristische Person beschränken. Eine Aufsichtspflicht von Konzernmüttern ist sachgerecht, um die tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten abzubilden. Hier ist eine gesetzgeberische Klarstellung erforderlich.

   c) Im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist der Umfang der Akteneinsicht in Bonusanträge (Kronzeugenanträge) klarzustellen.

      Die Kronzeugenregelungen der Kartellbehörden (Bonusregelungen) in Deutschland haben sich als wesentliche Basis für die Aufdeckung von Kartellen erwiesen. Die Akteneinsicht in diese Anträge durch Kartellgeschädigte oder Dritte beziehungsweise deren Möglichkeit beeinträchtigt die Attraktivität von Kronzeugenanträgen erheblich. Aus diesem Grund hat das Amtsgericht Bonn vor Kurzem die Akteneinsicht in Kronzeugenanträge verweigert. Da für die Anreizsystematik der Kronzeugenanträge Rechtssicherheit zentral ist, sollte diese zutreffende Rechtsauffassung klarstellend ins Gesetz aufgenommen werden.

   d) Die Einführung elektronischer Daten und ökonomischer Gutachten in gerichtliche Kartellbußgeldverfahren sollte durch geeignete gesetzliche Maßnahmen erleichtert werden.

      Kartellbußgeldverfahren sind nach dem aktuell geltenden Rechtsrahmen extrem aufwändig zu führen. Insbesondere das gerichtliche Kartellverfahren ist in einem solchen Maß durch Mündlichkeit und Unmittelbarkeit geprägt, dass dies einer effizienten Behandlung der komplexen kartellrechtlichen Sachverhalte oft nicht angemessen ist. In der Vergangenheit hat sich

dies etwa bei der Verlesung langer ökonomischer Gutachten und der komplexen Einbringung großer EDV-mäßig gespeicherter Datenmengen über Zeugen- und Dokumentenbeweis gezeigt. Eine effiziente Kartellverfolgung sowie eine arbeits- und zeitökonomische Führung der Verfahren werden so erheblich behindert. Zumindest an diesen beiden in der Vergangenheit besonders augenfälligen Problempunkten bedarf der entsprechende verfahrensrechtliche Rahmen dringend der Überarbeitung. Auch nach Auffassung Verfahrensbetroffener wäre in dieser Hinsicht eine Vereinfachung der Verfahren möglich und sinnvoll, ohne die Grundsätze der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und des rechtlichen Gehörs in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise einzuschränken.

2. **Zum Gesetzentwurf allgemein**

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren im Interesse des Erhalts eines vielfältigen Presseangebots in Deutschland durch die Sicherung eines Presse-Grosso, Regelungsmöglichkeiten unter Berücksichtigung kartellrechtlicher und europarechtlicher Fragestellungen zu prüfen.

Begründung

Durch den gemeinsamen Pressevertrieb (Presse-Grosso) wird ein vielfältiges und neutrales Angebot von Presseerzeugnissen in Deutschland flächendeckend gewährleistet und dadurch ein wichtiger Beitrag zur Meinungsvielfalt geleistet. Dieses in Teilen solidarische System wird auch international als vorbildlich erachtet. Einzelne Gerichte stellen jedoch die Zulässigkeit des Presse-Grosso unter wettbewerbsrechtlichen Bedingungen in Frage. Insofern sollte eine Klarstellung im Gesetz geprüft werden, die das System des Presse-Grosso auf Dauer absichert.

3. **Zur kartellrechtlichen Fusionskontrolle bei Zusammenlegung öffentlicher Einrichtungen und Betriebe**

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren das Gesetz an geeigneter Stelle und in geeigneter Form um eine klarstellende Regelung dahingehend zu ergänzen, dass die mit einer kommunalen Gebietsreform einhergehende Zusammenlegung öffentlicher Einrichtungen und Betriebe nicht der kartellrechtlichen Fusionskontrolle unterliegt.

Begründung

Nach Auffassung des Bundeskartellamts und des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie lösen kommunale Gebietsreformen und die damit zwangsläufig verbundenen Zusammenlegungen kommunaler Betriebe eine kartellrechtliche Fusionskontrolle aus. Mit der erbetenen Ergänzung des Gesetzentwurfs soll eindeutig klargestellt werden, dass dieser Auffassung nicht zu folgen ist.

4. **Zur Anwendbarkeit des GWB bei Trägerschaft mehrerer Unternehmen durch eine kommunale Gebietskörperschaft**

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren an geeigneter Stelle im Gesetz betreffend §§ 130, 36 f. GWB klarzustellen, dass allein die Trägerschaft mehrerer Unternehmen durch eine kommunale Gebietskörperschaft keine kartellrechtlich in Blick zu nehmende Struktur eines Zusammenschlusses oder Konzerns (insbesondere § 36 Absatz 2, § 37 GWB) begründet.

Begründung

Allein die Trägerschaft mehrerer Unternehmen durch eine kommunale Gebietskörperschaft schafft keine Anhängigkeit oder Beherrschung oder Konzernstruktur zwischen diesen Unternehmen. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt der kartellrechtlichen Zusammenschlusskontrolle ist das Unternehmen und nicht dessen Träger. Es muss einer Kommune unbenommen bleiben, ihre Aufgaben unter Beachtung der rechtlichen Vorgaben mittels verschiedener Unternehmen zu erfüllen. So wäre beispielsweise eine kartellrechtlich geforderte Entflechtung nicht denkbar, da diese einer Untersagung des Handelns in Unternehmensform gleichkäme.

5. **Zu Artikel 1 Nummer 6 Buchstabe c und d**
(§ 19 Absatz 2 Nummer 5 – neu –, Absatz 3 GWB)

Artikel 1 Nummer 6 ist wie folgt zu ändern:

a) Buchstabe c ist wie folgt zu fassen:

‚c) Der bisherige Absatz 4 wird Absatz 2 und wie folgt geändert:

aa) Nummer 1 wird wie folgt gefasst:

< … weiter wie Vorlage … >

bb) Folgende Nummer 5 wird angefügt:

„5. seine Markstellung dazu ausnutzt, andere Unternehmen dazu aufzufordern oder zu veranlassen, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren.“ ‘

b) In Buchstabe d ist § 19 Absatz 3 wie folgt zu fassen:

„(3) Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 und Nummer 5 gilt auch für Vereinigungen von miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen im Sinne der §§ 2, 3 und 28 Absatz 1. Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt auch für Unternehmen, die Preise nach § 28 Absatz 2 oder § 30 Absatz 1 Satz 1 binden.“ ‘

Folgeänderungen

a) In Artikel 1 Nummer 6 ist Buchstabe e zu streichen.

b) In Artikel 1 Nummer 7 Buchstabe c ist in § 20 Absatz 2 die Angabe „§ 19 Absatz 4“ durch die Angabe „§ 19 Absatz 1 in Verbindung mit § 19 Absatz 2 Nummer 5“ zu ersetzen und der 2. Halbsatz zu streichen.

Begründung

Entsprechend dem Grundkonzept des Gesetzentwurfs werden nunmehr lückenlos sämtliche Fallgestaltungen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung in § 19 konzentriert. Gleichzeitig wird § 19 Absatz 4 in der Fassung des Regierungsentwurfs als neue Nummer 5 in die Reihe der Regelbeispiele des Absatzes 2 aufgenommen.

6. **Zu Artikel 1 Nummer 7 Buchstabe a_1 – neu –, Buchstabe b Doppelbuchstabe aa** (§ 20 Absatz 1 GWB)

Artikel 1 Nummer 7 ist wie folgt zu ändern:

a) Nach dem Buchstaben a ist folgender Buchstabe a_1 einzufügen:

„a_1) Absatz 1 wird gestrichen.“

b) In Buchstabe b ist der Doppelbuchstabe aa wie folgt zu fassen:

‚aa) Der erste Teilsatz wird wie folgt gefasst:

„§ 19 Absatz 1 in Verbindung mit § 19 Absatz 2 Nummer 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Sinne des § 19 Absatz 3 Satz 1,“‘

Begründung

Klarstellung des Gewollten.

7. **Zu Artikel 1 Nummer 10a – neu –, Nummer 44** (§ 29 Satz 1 und § 131 Absatz 1GWB)

Artikel 1 ist wie folgt zu ändern:

a) Nach Nummer 10 ist folgende Nummer 10a einzufügen:

‚10a. In § 29 Satz 1 wird nach dem Wort „Elektrizität“ das Wort „, Wärme“ eingefügt.‘

b) In Nummer 44 ist Buchstabe b wie folgt zu fassen:

‚b) Der bisherige Absatz 7 wird Absatz 1 und wie folgt gefasst:

„(1) § 29 ist nach dem 31. Dezember 2017 für Anbieter von Elektrizität oder leitungsgebundenem Gas nicht mehr anzuwenden.“‘

Begründung

Zu Buchstabe a

Die Regelung des § 29 soll neben den Anbietern von Elektrizität und leitungsgebundenem Gas auch für Fernwärmeanbieter gelten. Die Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 29 auf Fernwärmeanbieter erfolgt vor dem Hintergrund der Heterogenität des Fernwärmemarktes, in dem strukturelle Besonderheiten der einzelnen Fernwärmeanbieter eine Prüfung nach dem Vergleichsmarktkonzept erschweren. Aus diesem Grund soll den Kartellbehörden neben einem Erlösvergleich auch die Prüfung auf Kostenbasis ermöglicht werden.

Zudem weist die Vorschrift eine Regelungslücke für die Versorgung mit Wärme auf, für die lediglich die allgemeinen Missbrauchsvorschriften gelten. Diese Lücke sollte im Interesse einer einheitlichen Verfahrensführung in Fällen der Kraft-Wärme-Kopplung geschlossen werden. Die Kraft-Wärme-Kopplung weist eine Kuppelproduktion auf. In Fällen einer doppelten Preismissbrauchsprüfung der Strom- und der Fernwärmepreise desselben Anbieters sind unterschiedliche Prüfkriterien und unterschiedliche Beweislastverteilungen sachlich nicht begründbar.

Zu Buchstabe b

Die Anwendbarkeit der Vorschriften des § 29 wird für Anbieter von Elektrizität oder leitungsgebundenem Gas bis zum 31. Dezember 2017 befristet, weil sich in diesen Versorgungsbereichen zunehmend Wettbewerb entwickelt und die strengeren Vorschriften des § 29 bei umfassenderem Wettbewerb entbehrlich werden. Ein entsprechender Wettbewerb im Markt entwickelt sich allerdings nicht im Bereich der Wärmeversorgung, so dass für die Regelungen des § 29 insoweit ein dauerhafter Bedarf besteht.

8. **Zu Artikel 1 Nummer 11** (§ 31 ff. GWB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren an geeigneter Stelle im Gesetz klarzustellen, dass im Rahmen der Missbrauchskontrolle keine Durchleitungsansprüche im Bereich der Wasserversorgung ermöglicht werden.

Begründung

Durch das Entfallen von § 103 Absatz 5 Satz 2 Nummer 4 GWB 1990 ist nicht mehr dokumentiert, dass Durchleitungsansprüche, die vor allem aus technischen und hygienischen Gründen nicht sinnvoll erscheinen, nicht ermöglicht werden sollen.

9. **Zu Artikel 1 Nummer 11** (§ 31 Absatz 4 Nummer 3 – neu – GWB)

In Artikel 1 Nummer 11 ist in § 31 Absatz 4 in Nummer 1 das Wort „oder“ zu streichen, in Nummer 2 der Punkt am Ende durch das Wort „, oder“ zu ersetzen und folgende Nummer 3 anzufügen:

„3. ein Wasserversorgungsunternehmen Entgelte fordert, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten.“

Begründung

Durch die Ergänzung soll geregelt werden, dass Wasserpreise alternativ zum Vergleichsmarktkonzept auch auf Basis der beim Wasserversorger entstandenen Kosten geprüft werden können.

Das in § 31 Absatz 4 Nummer 2 GWB-E vorgesehene Vergleichsmarktkonzept wird der Praxis im Bereich der Wasserversorgungsunternehmen nicht immer gerecht. Angesichts der zum Teil erheblichen Unterschiede der Wasserversorgungsunternehmen kann es sehr aufwändig sein, geeignete Vergleichsunternehmen zu finden. Zudem erfordert die Prüfung nach dem Vergleichsmarktkonzept eine umfassende Datenerhebung bei Vergleichsunternehmen. Dies erzeugt einen hohen Verwaltungsaufwand und stellt gegenüber den Vergleichsunternehmen eine einschneidende Maßnahme dar, die mit erheblichen Kosten und Arbeitsaufwand verbunden ist. Ebenfalls erheblichen Aufwand verursacht ggf. die sachliche Rechtfertigung der Unterschiede des geprüften Unternehmens zu den Vergleichsunternehmen, vgl. § 19 Absatz 4 Nummer 3 zweiter Halbsatz GWB. Schließlich kann das Vergleichsmarktkonzept das geprüfte Unternehmen in die Kostenunterdeckung zwingen und den Anreiz nehmen, Investitionen zu Sicherung einer hohen Wasserqualität zu tätigen.

Durch eine Kostenprüfung hingegen können sowohl kurzfristige Investitionen als auch Qualitätskriterien, die beim Wasser anders als bei Strom und Gas durchaus vorhanden sind, besser berücksichtigt werden.

Die Preisbildung bei der Wasserversorgung ist im besonderen Maße nicht nur von ökonomischen Faktoren abhängig. In der letzten Novelle des Gesetzes zur Ordnung des Wasserhaushalts (WHG) wurde als übergeordnetes Leitziel die Nachhaltigkeit der Gewässerbewirtschaftung verankert. Neben dem Grundsatz der Nachhaltigkeit ist ebenso der Qualitätsmaßstab der Vorsorge zu berücksichtigen. Hierbei wirken sich beispielhaft die von den Wasserversorgungsunternehmen mit der Landwirtschaft abgeschlossenen freiwilligen Kooperationen zur langfristigen Sicherung der Grundwasservorkommen Preis bildend aus.

Ebenso sind dringend notwendige Investitionen zum Substanzerhalt der Wasserversorgungsanlagen zu berücksichtigen. Durch die im WHG nunmehr angelegte Verpflichtung „Wassergewinnungsanlagen dürfen nur nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik errichtet, unterhalten und betrieben werden“ werden besondere Anforderungen an die Qualität der Organisation der Wasserversorgungsunternehmen gestellt, die ihren Niederschlag im Preis finden.

Die Vorgehensweise hat damit den Vorteil, dass zur Sicherung einer hohen Wasserqualität mindestens kostendeckende Wasserpreise gewährleistet sind und damit auch die Kosten für die überwiegend strukturellen Besonderheiten der einzelnen Wasserversorger über die Wasserpreise wieder reamortisiert werden können. Die Aufnahme der Kostenprüfung würde des Weiteren eine Harmonisierung mit der besonderen Missbrauchsaufsicht im Energiebereich nach § 29 GWB herbeiführen.

10. **Zu Artikel 1 Nummer 11**
(§ 31b Absatz 2 Satz 2 – neu – GWB)

In Artikel 1 Nummer 11 ist dem § 31b Absatz 2 folgender Satz anzufügen:

„Dies gilt nicht für Auskunftsverlangen nach § 59 Absatz 1.“

Begründung

Die vorgeschlagene Ergänzung soll der Vereinfachung und Beschleunigung des kartellrechtlichen Verfahrens dienen. Die in § 31b Absatz 2 enthaltene Benehmensregelung mit der Fachaufsichtsbehörde sollte vom Wortlaut her enger gefasst werden und nur diejenigen Verfügungen umfassen, die sich auf die Preisgestaltung bzw. -kalkulation des Wasserversorgungsunternehmens beziehen bzw. auswirken. Bloße Auskunftsverfügungen, die im Rahmen von Enquete-Untersuchungen gemäß § 32e GWB in Verbindung mit § 59 GWB oder nach § 59 GWB gegenüber missbrauchsverdächtigen Versorgern oder Vergleichsunternehmen zu Ermittlungszwecken erlassen werden, sollten hingegen nicht von der Benehmensregelung mit umfasst werden. Die auf der Grundlage des § 59 GWB erlassenen Verfügungen dienen dem weiteren Erkenntnis- und Informationsgewinn der Kartellbehörden im Rahmen der von Amts wegen durchzuführenden Sachverhaltsermittlung. Auswirkungen auf die Preisgestaltung bzw. -kalkulation der Wasserversorger haben diese Verfügungen allerdings nicht. Es ist nicht erkennbar, weshalb der Fachaufsicht bereits im Rahmen des kartellrechtlichen Ermittlungsverfahrens Gelegenheit zu einer sachlich-fachlichen Stellungnahme gegeben werden sollte, die das Verfahren zusätzlich verzögert. Eine entsprechende Beteiligung macht vielmehr erst vor dem Erlass einer Missbrauchsverfügung Sinn, zumal zu einem früheren Zeitpunkt noch nicht einmal feststeht, ob es tatsächlich im weiteren Verlauf zum Erlass einer verfahrensabschließenden Missbrauchsverfügung kommt.

11. **Zu Artikel 1 Nummer 11**
(§ 31b Absatz 3 Nummer 1a – neu – GWB)

In Artikel 1 Nummer 11 ist in § 31b Absatz 3 nach Nummer 1 folgende Nummer 1a einzufügen:

„1a. von den beteiligten Unternehmen angebotene Verpflichtungszusagen entgegennehmen und nach Maßgabe des § 32b dieses Gesetzes für verbindlich erklären,“

Als Folge ist

§ 32b Absatz 1 wie folgt zu ändern:

a) In Satz 1 ist die Angabe „§ 32“ durch die Angabe „§§ 31b oder 32“ zu ersetzen.

b) In Satz 2 ist die Angabe „§§ 32 und 32a“ durch die Angabe „§§ 31b, 32 und 32a“ zu ersetzen.

Begründung

Nach bisheriger Rechtslage war es den Kartellbehörden nicht möglich, im Rahmen von Wasserpreismissbrauchsverfahren, die ausschließlich auf der Grundlage des § 103 Absatz 5 GWB 1998 geführt wurden, Verpflichtungszusagenverfügungen gemäß § 32b GWB zu erlassen, wenn sich das missbrauchsverdächtige Wasserversorgungsunternehmen – nach vorherigem umfassenden Schriftverkehr und diversen Verhandlungen – letztlich bereit erklärt hatte, die nach vorläufiger Beurteilung mitgeteilten Bedenken der Kartellbehörde durch freiwillige Preissenkungen bzw. Rückerstattungen an die Kunden auszuräumen. Mit der im Wesentlichen unveränderten Übernahme der Regelungen des § 103 GWB 1998 in die jetzigen §§ 31 bis 31b ist eine Änderung dieser Rechtslage nicht eingetreten. Dieses Ergebnis ist unbefriedigend, da sich das Instrument der Verpflichtungszusage insbesondere in den von den Kartellbehörden des Bundes und der Länder geführten Verfahren im Energiebereich als überaus effektiv erwiesen hat. Vor diesem Hintergrund sollte es auch im Rahmen des Wasserkartellrechts – wie im Energiebereich und im europäischen Recht (vgl. Artikel 9 der Verordnung 1/2003) – möglich sein, eine zügige Verfahrensbeendigung mit einer Verpflichtungszusagenverfügung herbeizuführen.

Mit der Einbeziehung in § 31b Absatz 3 wird gewährleistet, dass die Kartellbehörde für die in diesem Bereich geführten Missbrauchsverfahren und den damit verbundenen Aufwand eine entsprechende Gebühr erhält. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Arbeits- und Zeitaufwand der Kartellbehörde bei einer Einstellung des Verfahrens durch Verpflichtungszusagenverfügung häufig nicht minder gering ist als bei Erlass einer verfahrensabschließenden Missbrauchsverfügung. Die

gleichzeitige Anpassung von § 32b Absatz 1 Satz 1 und 2 ist aus Klarstellungsgründen geboten.

12. **Zu Artikel 1 Nummer 11**
(§ 31b Absatz 3 Satz 2 – neu – GWB)

Dem Artikel 1 Nummer 11 ist in § 31b Absatz 3 folgender Satz anzufügen:

„§ 32 Absatz 2a und 3 gelten entsprechend."

Begründung

Für eine effektive und gleichzeitig verbrauchernahe Kartellrechtsdurchsetzung im Bereich der Wasserversorgung sollen die Kartellbehörden das Recht erhalten, Feststellungen für die Vergangenheit zu treffen und Rückzahlungen an die Verbraucher anordnen zu können. Dies wird dadurch erreicht, dass die entsprechenden Regelungen der allgemeinen Missbrauchsaufsicht in § 32 für anwendbar erklärt werden.

Durch eine missbräuchliche Preisgestaltung wird das Interesse der Allgemeinheit an einer bestmöglichen und preisgünstigen Versorgung beeinträchtigt (OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 3. März 2011, 11 W 2/11 (Kart), „Wasserversorgung Wetzlar", WuW 2011, 492, 500 f.). Das gilt erst recht, wenn das jeweils betroffene Unternehmen bereits vereinnahmte missbräuchliche Entgelte bis zum Abschluss des Verfahrens behalten dürfte.

Die Änderung schließt an Stellungnahmen des Bundeskartellamtes sowie der Monopolkommission an (vgl. Sondergutachten in Bundesratsdrucksache 60/12, Rn. 120). Er dient der einheitlichen Handhabung der Missbrauchsaufsicht über Unternehmen der leitungsgebundenen Versorgungswirtschaft.

13. **Zu Artikel 1 Nummer 17 Buchstabe a**
(§ 34 Absatz 1 Satz 1 GWB)

In Artikel 1 Nummer 17 ist Buchstabe a wie folgt zu fassen:

‚a) Absatz 1 Satz 1 wird wie folgt geändert:

aa) Die Wörter „vorsätzlich oder fahrlässig" werden gestrichen.

bb) Die Wörter „Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Gemeinschaft" werden durch die Wörter „Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union" ersetzt.'

Begründung

Die Möglichkeit der Vorteilsabschöpfung durch Kartellbehörden sollte unabhängig vom schuldhaften Handeln des Unternehmens bestehen. Denn der Abschöpfungsanspruch ist als ein Anspruch eigener Art nicht auf Schadensersatz, sondern auf Herausgabe eines ungerechtfertigt erlangten Erlöses im Falle eines feststehenden Kartellverstoßes gerichtet. Rechtssystematisch ist daher ein Verschulden nicht zwingend erforderlich, so dass eine Abkehr vom Verschuldenserfordernis als gerechtfertigt zu betrachten ist. Illegitime wirtschaftliche Vorteile, die durch Kartellrechtsverstöße erwirtschaftet werden, sind daher im Allgemeininteresse eines freien und unverfälschten, lauteren Wettbewerbs unabhängig von einem etwaigen Verschulden des handelnden Unternehmens herauszugeben.

14. **Zu Artikel 1 Nummer 18**
(§ 34a Absatz 1, Absatz 4 Satz 2 und 3, Absatz 5 GWB)

Artikel 1 Nummer 18 ist wie folgt zu fassen:

‚18. § 34a wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Wer einen Verstoß im Sinne des § 34 Absatz 1 begeht und hierdurch einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt, kann von den gemäß § 33 Absatz 2 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe dieses wirtschaftlichen Vorteils an ein Sondervermögen des Bundes in Anspruch genommen werden, soweit nicht die Kartellbehörde die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils durch Verhängung einer Geldbuße, durch Verfall, durch Rückerstattung oder nach § 34 Absatz 1 angeordnet hat. Der an das Sondervermögen des Bundes herauszugebende Geldbetrag ist zweckgebunden zur Finanzierung der Verbraucherarbeit der Verbraucherorganisationen und zur Erstattung von erforderlichen Aufwendungen, die den gemäß § 33 Absatz 2 Berechtigten bei der gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen nach Satz 1 und § 33 Absatz 1 entstehen, zu verwenden."

b) In Absatz 4 werden die Sätze 2 und 3 aufgehoben.

c) Absatz 5 wird wie folgt gefasst:

„(5) § 33 Absatz 4 und 5 und § 34 Absatz 4 finden entsprechende Anwendung."'

Begründung

Die Möglichkeit der Vorteilsabschöpfung durch klagebefugte Einrichtungen und Verbände sollte unabhängig vom schuldhaften Handeln des Unternehmens bestehen. Auch ist die Anspruchsvoraussetzung, wonach der Vorteil zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern oder Anbietern erlangt worden sein muss, zu streichen. Denn der Abschöpfungsanspruch ist als ein Anspruch eigener Art weder auf Schadensersatz noch auf Bereicherungsausgleich, sondern auf Erlösherausgabe gerichtet. Illegitime wirtschaftliche Vorteile, die durch Kartellrechtsverstöße erwirtschaftet werden, sind im Allgemeininteresse eines freien und unverfälschten, lauteren Wettbewerbs unabhängig von einem etwaigen Verschulden des handelnden Unternehmens oder einem individuellen Schadenseinschlag auf Abnehmerseite herauszugeben.

Die im geltenden Recht vorgesehene Herausgabe des abgeschöpften Gewinns an den Bundeshaushalt ist zu streichen. Anstatt dessen sind die abgeschöpften Beträge einem Sondervermögen des Bundes zweckgebunden zuzuweisen. Die dem Sondervermögen des Bundes zugewiesenen Mittel sollen unter anderem dafür verwandt werden, das Prozesskostenrisiko der klagebefugten Einrichtungen und Verbände zu verringern, um Klage-

hemmnisse abzubauen. In der Folge kann die derzeit bestehende Regelung, die das Bundeskartellamt unter bestimmten Voraussetzungen zur Erstattung erforderlicher Aufwendungen verpflichtet, gestrichen werden.

Klagebefugte Verbände und Einrichtungen sollten wie die Kartellbehörde bei der Vorteilsabschöpfung berechtigt sein, die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils zu schätzen. Die bisher nur für Kartellbehörden geltende Regelung in § 34 Absatz 4 sollte entsprechende Anwendung finden.

15. **Zu Artikel 1 Nummer 18a – neu –**
(§ 34b – neu – GWB)

In Artikel 1 ist nach Nummer 18 folgende Nummer 18a einzufügen:

‚18a. Nach § 34a wird folgender § 34b eingefügt:

„§ 34b

Sondervermögen des Bundes

(1) Die Bundesregierung errichtet ein zweckgebundenes Sondervermögen zur Verwaltung und zweckentsprechenden Verwendung der an das Sondervermögen nach § 34a herauszugebenden Geldbeträge und nach § 82a Absatz 2 Satz 3 herauszugebenden Anteile an den Geldbußen.

(2) Das Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung die näheren Bestimmungen für das Organisationsstatut zur Verwaltung und zweckentsprechenden Verwendung des Sondervermögens des Bundes zu treffen.“ ‘

Begründung

Diejenigen Mittel, die im Wege der Vorteilsabschöpfung gemäß § 34a sowie anteilig von erhobenen Geldbußen der Kartellbehörde zweckgebunden gewonnen werden, erhalten den Status eines Sondervermögens des Bundes. Die Zweckbindung des Bundesvermögens wird in den §§ 34a und 82a gesetzlich bestimmt. Die Verwaltung und Organisation des Sondervermögens wird dem Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz übertragen, welches gesetzlich ermächtigt wird, die Umsetzung einer zweckentsprechenden Mittelverwendung im Wege einer Rechtsverordnung im Einzelnen zu regeln.

16. **Zu Artikel 1 Nummer 21 Buchstabe a**
(§ 38 Absatz 3 Satz 2 – neu – GWB)

In Artikel 1 Nummer 21 ist Buchstabe a wie folgt zu fassen:

‚a) Absatz 3 wird wie folgt geändert:

aa) Nach den Wörtern „deren Bestandteilen“ wird das Komma gestrichen und die Wörter „ist das Achtfache, für“ eingefügt.

bb) Es wird folgender Satz 2 angefügt:

„Für die Berechnung des Umsatzes auf einem Markt nach § 36 Absatz 1 Satz 2 ist auch für den Verlag, die Herstellung und den Vertrieb von Zeitungen oder Zeitschriften und deren Bestandteilen das Zwanzigfache in Ansatz zu bringen.“ ‘

Begründung

Der für den Pressebereich geänderte Berechnungsfaktor soll keine Anwendung bei der Berechnung der Umsätze im Rahmen der Bagatellmarktklausel finden.

Zur Bestimmung der für den Pressebereich maßgeblichen Bagatellmarktgrenze wird der Umsatzberechnungsfaktor „Zwanzig“ beibehalten. Andernfalls würde sich die Bagatellmarktgrenze für den Pressebereich durch die Anwendung des neuen Rechenfaktors „Acht“ von 750 000 Euro auf 1,875 Mio. Euro erhöhen, was zur Folge hätte, dass es Großverlagen leichter gemacht wird, kleine und mittlere Zeitungsverlage aufzukaufen. Zur Sicherung der publizistischen Vielfalt und der Pressefreiheit ist es daher dringend erforderlich, kleine und mittlere Zeitungsverlage vor dem Aufkauf durch Großverlage zu schützen und die Bagatellmarktgrenze im Pressebereich mit einem Wert von maximal 750 000 Euro relativ gering zu halten. Eine weitergehende Befreiung der Zusammenschlüsse im Pressebereich von der behördlichen Fusionskontrolle ist im Sinne des Erhalts des Wettbewerbs – vor allem auf Regional- und Lokalmärkten – unbedingt zu vermeiden.

17. **Zu Artikel 1 Nummer 35**
(§ 64 Absatz 1 Nummer 2 GWB)

Artikel 1 Nummer 35 ist zu streichen.

Begründung

Die Änderung bezweckt, Maßnahmen der Kartellbehörden nach § 31b Absatz 3 gegen Unternehmen der Wasserwirtschaft sowie Anordnungen zur Rückerstattung nach § 32 Absatz 2a mit gesetzlichem Sofortvollzug zu versehen. Zu diesem Zweck wird die Einbeziehung beider Vorschriften in § 64 (aufschiebende Wirkung der Beschwerde), die der Regierungsentwurf vorsieht, gestrichen. Dies dient dem Ziel, die Missbrauchsvorschriften einfach, verständlich, einheitlich und wirkungsvoll zu gestalten; dem ist der Regierungsentwurf auch selbst verpflichtet (Begründung S. 21, Teil A 2, sowie S. 27, Teil A 5 b).

Zu § 31b Absatz 3 i. V. m. § 64 Absatz 1 Nummer 2

Der Regierungsentwurf sieht eine Besserstellung von Unternehmen der Wasserwirtschaft gegenüber Energieversorgern vor. Während Verfügungen der Kartellbehörden nach §§ 19, 29 gegen Energieunternehmen sofort vollziehbar sind, soll dies für Maßnahmen gegen Wasserversorger nicht gelten, obwohl es sich in beiden Fällen um leitungsgebundene Versorgung handelt. Eine Begründung dafür fehlt (vgl. Sondergutachten der Monopolkommission in Bundesratsdrucksache 60/12, Rn. 120).

Die von der Bundesregierung beabsichtigte Privilegierung der Wasserwirtschaft ist umso weniger nachvollziehbar, als damit das Ziel einer besonders wirksamen Kartellaufsicht verfehlt wird. Stets besteht dort eine „erhöhte Missbrauchsgefahr“, da der Inhaber des Lei-

tungsnetzes nach wie vor über ein natürliches Monopol verfügt (BGH-Beschluss „Wasserpreise Wetzlar“ vom 2. Februar 2010, KVR 66/08; dem haben sich die Instanzgerichte angeschlossen (OLG Frankfurt/Main, Beschlüsse vom 3. März 2011 (11 W 2/11 (Kart)), „Wasserversorgung Wetzlar“, WuW 2011, 492 sowie vom 20. September 2011 (11 W 24/11 (Kart)) „Rekommunalisierung“, WuW 2012, 405; OLG Stuttgart, Beschluss vom 25. August 2011, 201 Kart/11 „Tarifwasser-Kunden“, WuW 2011, 1099).

Beim Gesetzentwurf der Bundesregierung bleibt schließlich unklar, wieso diejenigen Verfügungen gegen Wasserunternehmen gesetzlich sofort vollziehbar sein sollen, die auf § 19 gestützt sind, nicht aber solche, die auf § 31b beruhen. Das leuchtet um so weniger ein, als es in zahlreichen Fällen nach § 31b ebenso wie in § 19 auf die Marktmacht ankommen wird (vgl. § 31b Absatz 5, der § 103 Absatz 7 alter Fassung entspricht) und nicht auf das Bestehen eines Konzessionsvertrages.

Der durch den Änderungsantrag beabsichtigte gesetzliche Sofortvollzug verbessert zudem die Effizienz kartellbehördlichen Handelns. Wasserunternehmen werden – das zeigt die Praxis – umso eher einer Verhandlungslösung zustimmen oder eine Verpflichtungszusage nach § 32b machen, wenn sie realistischerweise mit der Möglichkeit rechnen müssen, dass sie eine Kartellverfügung sofort umsetzen müssen. Diese Funktion kann die im Entwurf der Bundesregierung angesprochene Möglichkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Kartellbehörde nach § 65 nicht entfalten, da sie wesentlich schwächer wirkt.

Zu § 32 Absatz 2a Satz 1 i. V. m. § 64 Absatz 1 Nummer 2

Die von der Bundesregierung vorgeschlagene Regelung brächte eine Verschlechterung gegenüber der bestehenden Rechtslage mit sich. Der gesetzliche Sofortvollzug für Rückerstattungsanordnungen der Kartellbehörden soll gestrichen werden; dafür gibt es keinen überzeugenden Grund. Die Möglichkeiten zur Durchsetzung des Kartellrechtes würden verschlechtert.

Nach geltendem Recht sind Anordnungen der Kartellbehörden zur Rückerstattung kartellrechtswidriger Vorteile einschließlich Zinsen gesetzlich sofort vollziehbar (§ 64 in Verbindung mit §§ 19, 29). Darauf weist der Regierungsentwurf zu Recht hin (Text, S. 28, 37). Davon haben die Kartellbehörden bereits Gebrauch gemacht (vgl. Verfügung der hessischen Landeskartellbehörde Energie und Wasser vom 23. Dezember 2010, IV 5 b – 78 k 20 – 01 / 556 – 07, „Wasserpreise Wetzlar II“, Tenor Nr. 5). Das OLG Frankfurt/Main ist dem gefolgt (Beschluss vom 3. März 2011, 11 W 2/11 (Kart), „Wasserversorgung Wetzlar“, WuW 2011, 492, 495).

Die Bundesregierung will diese Rechtslage zu Lasten effektiver Kartellrechtsdurchsetzung verschlechtern, ohne dass die Begründung überzeugt. Die betroffenen Unternehmen hätten später „nur sehr geringe Chancen, die rückerstatteten Vorteile … zurück zu erhalten“. Dies wird gerne von Unternehmen vorgetragen, konnte in der Praxis aber nicht nachvollziehbar belegt werden. Dem Problem kann das jeweilige Unternehmen schon dadurch begegnen, dass es die Rückerstattung unter Vorbehalt stellt (vgl. OLG Frankfurt/Main, a. a. O. „Wasserversorgung Wetzlar“, S. 500). Selbst bei mittlerweile weggezogenen Kunden kann eine einfache und kostengünstige Wohnsitzabfrage beim Einwohnermeldeamt, die jedermann möglich ist, Abhilfe schaffen.

Die Möglichkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Kartellbehörde nach § 65 kann den Nachteil nicht ausgleichen, den der Vorschlag der Bundesregierung mit sich brächte. Dies bedürfte einer gegenüber der gesetzlichen Anordnung des Sofortvollzuges gesonderten und aufwändigen Begründung im Einzelfall und würde somit wesentlich schwächer wirken.

18. **Zu Artikel 1 Nummer 38a – neu –**
(§ 82a Absatz 1 GWB)

In Artikel 1 ist nach Nummer 38 folgende Nummer 38a einzufügen:

‚38a. In § 82a Absatz 1 sind die Wörter „kann dem Vertreter der Kartellbehörde gestattet werden“ durch die Wörter „hat der Vertreter der Kartellbehörde das Recht“ zu ersetzen.

B e g r ü n d u n g

Durch die Änderung wird die bislang eher schwache Verfahrensstellung der Kartellbehörde im gerichtlichen Verfahren verbessert. Die bereits bestehende Möglichkeit des Gerichts, dem Vertreter der Kartellbehörde im Gerichtsverfahren Fragen zu gestatten, soll in Anlehnung an die bestehende Regelung in der Abgabenordnung (§ 407 Absatz 1 Satz 4 und 5) zu einem eigenständigen Fragerecht erweitert werden. Eine direkte Befragung durch den Vertreter der Kartellbehörde ist zweckmäßig, um das Fachwissen der Kartellbehörde unmittelbar in die Hauptverhandlung einzubringen, etwa bei der Befragung zu ökonomischen Fragestellungen oder wenn durch die vernommene Person überraschende Angaben gemacht werden, die von der Staatsanwaltschaft nicht vorbereitet werden konnten. Damit soll der großen Fachkompetenz der Kartellbehörden Rechnung getragen und deren Stellung aufgewertet werden. Die Änderung entspricht damit gleichzeitig der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 7. Dezember 2010, Rechtssache C-439/08 – VEBIC), die eine starke und eigenständige Stellung der Wettbewerbsbehörden im gerichtlichen Verfahren fordert.

19. **Zu Artikel 1 Nummer 38a – neu –**
(§ 82a Absatz 2 Satz 3 – neu – GWB)

In Artikel 1 ist nach Nummer 38 folgende Nummer 38a einzufügen:

‚38a. Dem § 82a Absatz 2 wird folgender Satz 3 angefügt:

„Ein Anteil an den Geldbußen in Höhe von 20 Prozent wird einem Sondervermögen des Bundes zweckgebunden zur Finanzierung der Verbraucherarbeit der Verbraucherorganisationen

und zur Erstattung von erforderlichen Aufwendungen, die den gemäß § 33 Absatz 2 Berechtigten bei der gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen nach § 33 Absatz 1 und § 34 Absatz 1 entstehen, zugewiesen.“‘

Begründung

Erhobene Bußgelder wegen Kartellrechtsverstößen fließen derzeit ausschließlich in den Bundeshaushalt. Es sollte aber zumindest ein Anteil von 20 Prozent einem Sondervermögen des Bundes zweckgebunden zugewiesen werden, um die institutionalisierte Verbraucherarbeit zu stärken und das Prozesskostenrisiko der im Kartellrecht klagebefugten Einrichtungen und Verbände, zu denen nach dem Gesetzentwurf auch die Verbraucherverbände gehören werden, zu verringern.

Aus ordnungspolitischer Sicht kommt der Gesamtheit der Verbraucherinnen und Verbraucher, als Funktionsträger einer informierten Marktentscheidung, eine dem unternehmerischen Marktverhalten der anbietenden Wirtschaft gleichgewichtige Stellung zu. Eine effiziente Verbraucherarbeit liegt damit im Allgemeininteresse der Funktionsfähigkeit einer marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung. Die organisatorische und institutionelle Verbraucherarbeit ist aus Gründen ihrer gesellschaftspolitischen Aufgabe notwendigerweise auf eine Drittmittelfinanzierung angewiesen. Entgeltliche Geschäftsmodelle der Verbraucherarbeit sind nach der Aufgabenstellung von Verbraucherorganisationen nur in einem eingeschränkten Umfang sachgerecht und nach den konkreten Satzungsbedingungen der Verbraucherorganisationen nur begrenzt zulässig. Es ist daher gerechtfertigt, die Eigenfinanzierung der institutionalisierten Verbraucherarbeit zu stärken und die anbietende Wirtschaft an der Finanzierung der Verbraucherarbeit zu beteiligen, indem von den Unternehmen erhobene Bußgelder in Höhe von 20 Prozent für die Verbraucherarbeit eingesetzt werden.

20. **Zu Artikel 1 Nummer 43a – neu –**
(§ 130 Absatz 1 Satz 1a – neu – GWB)

Nach Artikel 1 Nummer 43 ist folgende Nummer einzufügen:

„43a. Nach § 130 Absatz 1 Satz 1 wird folgender Satz eingefügt:

„In Bezug auf öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge findet eine kartellrechtliche Missbrauchskontrolle nicht statt.“

Begründung

Öffentlich-rechtlich ausgestaltete Versorgungsverhältnisse und Leistungsverhältnisse, vor allem Gebühren unterliegen keiner kartellrechtlichen Prüfung. Ansatz des GWB ist die kartellrechtliche Entgeltkontrolle privater Unternehmen. Dies kann nicht auf eine landesrechtlich ausgestaltete kostenorientierte Gebührenerhebung übertragen werden. Gebühren und Beiträge sind nach den landesrechtlichen Vorschriften kostendeckend zu erheben. Hieraus ergibt sich ein gesetzliches Kostenüberschreitungsverbot als Grenze der Gebührenhöhe. Kalkulation und Abrechnung unterliegen der kommunalaufsichtlichen und verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Einer ergänzenden kartellrechtlichen Prüfung bedarf es daher nicht.

21. **Zu Artikel 3 Nummer 1** (§ 4 Absatz 3 Satz 2 und 3 SGB V), **Nummer 2** (§ 172a SGB V) **und Artikel 4 Absatz 8** (§ 51 Absatz 3 SGG)

a) Artikel 3 ist wie folgt zu ändern:

aa) In Nummer 1 sind in § 4 Absatz 3 die neu anzufügenden Sätze 2 und 3 zu streichen.

bb) Nummer 2 ist zu streichen.

b) In Artikel 4 ist Absatz 8 zu streichen.

Begründung

Zu Buchstabe a

Der Gesetzentwurf überträgt die Regelung, die § 69 SGB V für die (entsprechende) Anwendbarkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) im Verhältnis der Krankenkassen zu den Leistungserbringern trifft, auf das Verhältnis der Krankenkassen und ihrer Verbände untereinander und zu den Versicherten. Außerdem ist vorgesehen, dass eine freiwillige Vereinigung von Krankenkassen durch die Aufsichtsbehörde zukünftig nur noch genehmigt werden darf, wenn das Bundeskartellamt die Vereinigung freigegeben hat oder sie als freigegeben gilt.

Beides ist nachdrücklich abzulehnen.

So ist generell festzuhalten, dass bereits kein Bedarf für die vorgesehene Erweiterung der (entsprechenden) Anwendbarkeit des GWB und eine „Fusionskontrolle“ durch das Bundeskartellamt besteht und die gesetzlichen Regelungen des Gesetzentwurfs daher nicht geboten sind. In der Begründung heißt es hierzu nur, die genannten Rechtsbeziehungen sollten „unter den Schutz des Wettbewerbsrechts“ gestellt werden, ein Schutzbedürfnis wird jedoch nicht benannt; ein solches ist auch nicht ersichtlich.

Denn sowohl nach deutschem als auch nach europäischem Recht sind Krankenkassen keine Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne und als Teil der mittelbaren Landes- beziehungsweise Bundesverwaltung („organisatorisch verselbständigte Teile der Staatsgewalt“, Bundessozialgericht, 24.01.2003, B 12 KR 19/01 R, zitiert nach juris, Rn. 108) mit Rechtsaufsicht in ein konsistentes System eingebettet, das insbesondere durch das Genehmigungserfordernis von freiwilligen Vereinigungen von Krankenkassen durch die Rechtsaufsicht den Bedarf an einer „Fusionskontrolle“ vollständig befriedigt.

Das Verhalten der Krankenkassen sollte daher weiterhin nach sozialversicherungsrechtlichen Maßstäben und allein durch die für die Rechtsaufsicht über die jeweilige Krankenkasse zuständige Aufsichtsbehörde beurteilt werden. Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts, die im Verhältnis untereinander und zu ihren Mitgliedern zudem vom Solidarprinzip geprägt sind, sind nicht mit freien Unternehmen vergleichbar.

Die vom Bundesrat in Bundesratsdrucksache 484/10 (Beschluss), Nummer 8 bereits geäußerte Auffassung,

dass die parallele Rechtsaufsicht nach dem Sozialrecht und die Missbrauchsaufsicht nach dem Kartellrecht zu Wertungswidersprüchen und neuer Bürokratie führen werden, gilt weiterhin. Die im vorliegenden Gesetzentwurf vorgesehenen Regelungen haben den Aufbau von kostenträchtigen und ineffizienten Doppelstrukturen zur Folge.

Außerdem besteht die begründete Befürchtung, dass jede weitere Ausdehnung der Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts eine Einstufung der Krankenkassen als Unternehmen nach europäischem Recht zur Folge hat. Nicht zuletzt der besondere Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen würde dadurch gefährdet.

Neben diese generellen rechtlichen Erwägungen tritt gegen die Ausweitung der Anwendbarkeit des GWB auf das Verhältnis der Krankenkassen und ihrer Verbände untereinander sowie zu den Versicherten im Speziellen das Argument, dass die „Wettbewerbselemente", die in den letzten Jahren eingeführt worden sind, allein dem Ziel dienten, die Krankenkassen zu veranlassen, im Interesse des ordnungsgemäßen Funktionierens des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung, ihren gesetzlichen Auftrag im Verhältnis zu den Leistungserbringern nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit auszuüben.

Demgegenüber ist das Verhältnis der Krankenkassen und ihrer Verbände untereinander und zu den Versicherten von der Solidarität geprägt; die Krankenkassen sind zu einer kassenartenübergreifenden Solidargemeinschaft zusammengeschlossen, innerhalb derer ein Kosten- und Risikoausgleich erfolgt. Aufgrund dieses Solidarprinzips haben die Krankenkassen und ihre Verbände die gesetzliche Verpflichtung, „eng zusammenzuarbeiten" (§ 4 Absatz 3 SGB V). Ein Gewinnstreben, das für privatrechtliche Unternehmen prägend ist, ist den Krankenkassen fremd. Insofern ist auch keine Schutzlücke für die Versicherten erkennbar, denn Preise und Leistungen sind im Wesentlichen gesetzlich festgelegt und die Krankenkasse muss grundsätzlich jeden Versicherungspflichtigen nach seiner Wahl aufnehmen. Die im Gesetzentwurf vorgesehenen Ergänzungen des § 4 Absatz 3 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch führen nach alldem zu nicht auflösbaren Widersprüchen. So heißt es bereits in der Entwurfsbegründung, „gemeinsame Verhaltensweisen der Krankenkassen, deren Schwerpunkt (…) in einer im Patienteninteresse sinnvollen gemeinsamen Organisation der Versorgung liegt, dürften kartellrechtlich unbedenklich sein."

Die Regelung zur „Zusammenschlusskontrolle" schließlich kann zudem dem Prinzip der Selbstverwaltungsautonomie widersprechen und zur Verhinderung von beabsichtigten Synergieeffekten führen. Auf die Stellungnahme des Bundesrates in Bundesratsdrucksache 755/06 (Beschluss), Nummer 57 wird verwiesen. Bislang ist das Fusionsverfahren nach dem Fünften Buch Sozialgesetzbuch vor allem auf die Leistungsfähigkeit der Krankenkassen ausgerichtet und erhielte durch die beabsichtigte Änderung eine völlig neue Zielrichtung. Dies würde letztlich dazu führen, dass eine Vereinigung trotz dauerhafter Unwirtschaftlichkeit einer Krankenkasse unmöglich wird.

Vor allem aber läge durch ein Freigaberecht durch das Bundeskartellamt ein sachlich nicht gerechtfertigter Eingriff in das den Krankenkassen gesetzlich eingeräumte Recht auf Vereinigung sowie in die Aufsichtskompetenz der Aufsichtsbehörden vor. Nicht zuletzt stehen der vorgesehenen maßgeblichen Beteiligung des Bundeskartellamts bei freiwilligen Vereinigungen von landesunmittelbaren Krankenkassen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken entgegen.

Zu Buchstabe b

Der Gesetzentwurf weist Streitigkeiten in Verfahren nach dem GWB, die die Anwendung des neuen § 4 Absatz 3 Satz 2 SGB V oder des neuen § 172a SGB V betreffen, der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu und trifft damit dieselbe Rechtswegzuweisung wie zu § 69 SGB V.

Als Folge der Änderung in Buchstabe a ist diese Regelung ebenfalls zu streichen. Inhaltlich gelten zudem dieselben fachlichen Einwände gegen eine Zuweisung zur ordentlichen, anstatt zur Sozialgerichtsbarkeit, wie im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung vorgebracht. Auf die Bundesratsdrucksache 484/10 (Beschluss), Nummer 8 wird Bezug genommen. Die ordentlichen Gerichte sind nicht geeignet, die besonderen Belange der Sozialversicherung und den damit einhergehenden Versorgungsauftrag der Krankenkassen im erforderlichen Maß zu berücksichtigen.

22. **Zu Artikel 4 Absatz 7**
(§ 95 Absatz 2 Nummer 1 GVG)

Artikel 4 Absatz 7 ist zu streichen.

B e g r ü n d u n g

Die geplante Änderung des § 95 Absatz 2 Nummer 1 GVG, mit der deliktische kartellrechtliche Schadensersatzansprüche aus der bisherigen Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen herausgelöst und – wegen der rechtlichen und sachlichen Komplexität dieser Verfahren – der mit drei Berufsrichtern besetzten Zivilkammer zugewiesen werden sollen, stößt auf Bedenken. Abgesehen von einer nicht sinnvollen Zuständigkeitssplittung (es werden nur die genannten Ansprüche aus der Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen herausgelöst) haben die Kammern für Handelssachen große Erfahrung und Expertise in diesem Bereich und sind zudem in der Regel konstanter besetzt als eine allgemeine Zivilkammer. Vor diesem Hintergrund erscheint es sachgerechter, den Parteien – wie bisher – die Wahlmöglichkeit zu belassen, ob sie den Rechtsstreit vor der Zivilkammer oder der Kammer für Handelssachen verhandelt wissen wollen.

Anlage 4

Gegenäußerung der Bundesregierung

Die Bundesregierung nimmt zu den Vorschlägen des Bundesrates wie folgt Stellung:

1. **Zum Gesetzentwurf allgemein**

a) Zur bußgeldrechtlichen Haftung der Gesamtrechtsnachfolger

Die Bundesregierung wird zur Schließung der durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs offensichtlich gewordenen gesetzlichen Lücke im Bereich der Gesamtrechtsnachfolge im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsverfahrens einen Vorschlag unterbreiten. Das für das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) zuständige Bundesministerium der Justiz hat einen Diskussionsentwurf erarbeitet und Ende April zur Anhörung an die Länder und die betroffenen Kreise versandt. Zur Vermeidung von Vermögensverschiebungen außerhalb einer Gesamtrechtsnachfolge sieht der Diskussionsentwurf die frühzeitigere Verhängung des dinglichen Arrests vor; einen darüber hinausgehenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf für den Bereich der Einzelrechtsnachfolge sieht die Bundesregierung vor dem Hintergrund der behördlichen und gerichtlichen Praxis derzeit hingegen nicht. Nach Abschluss der Anhörung soll der Entwurf dem Deutschen Bundestag im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Achten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen als Formulierungshilfe zur Verfügung gestellt werden. Die Bundesregierung wird ein Jahr nach dem Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle die Praxis mit der neuen Vorschrift überprüfen und danach entscheiden, ob gegebenenfalls gesetzlicher Nachbesserungsbedarf besteht.

b) Im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist klarzustellen, dass Konzernobergesellschaften kartellrechtlich zur Aufsicht über die Konzernunternehmen verpflichtet sind.

Die Bundesregierung lehnt die Forderung, im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen klarzustellen, dass die jeweiligen Konzernobergesellschaften kartellrechtlich zur Aufsicht über die Konzernunternehmen verpflichtet sind, ab. Die Bundesregierung erachtet die bestehenden Regelungen im OWiG als sachgerecht. Nach Auffassung der Bundesregierung reicht der bestehende Rechtsrahmen aus, um Aufsichtspflichtverletzungen im Konzern zu erfassen und gegebenenfalls zu ahnden. Der Bundesregierung sind aus der Praxis der Kartellbehörden bislang keine Fälle bekannt geworden, in denen die Verletzung einer Aufsichtspflicht eines Konzerns bei einem Kartellrechtsverstoß eines Tochterunternehmens nicht angemessen sanktioniert werden konnte.

c) Im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist der Umfang der Akteneinsicht in Bonusanträge (Kronzeugenanträge) klarzustellen.

Die Bundesregierung vermag sich dem Vorschlag, im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen den Umfang der Akteneinsicht in Bonusanträge (Kronzeugenanträge) klarzustellen, nicht anzuschließen. Die Bundesregierung teilt zwar die Einschätzung des Bundesrates, dass die Kronzeugenregelung (Bonusregelung) in Deutschland eine sehr wichtige Funktion bei der Kartellverfolgung spielt. Das Amtsgericht Bonn hat in seiner Entscheidung vom 18. Januar 2012 in der Rechtssache „Pfleiderer“ (Az. 51 Gs 53/09) das Akteneinsichtsrecht in Kronzeugenanträge bereits auf der Grundlage des geltenden § 406e der Strafprozessordnung sehr weitgehend eingeschränkt. Aus Sicht der Bundesregierung kann die Kronzeugenregelung ihre Funktion deshalb auch ohne gesetzgeberisches Handeln weiterhin erfüllen. Die Bundesregierung wird aber ungeachtet dessen bis zum März 2013 die Spruchpraxis der Gerichte zu Akteneinsichtsanträgen bei Kartellverfahren weiter verfolgen. Sollte sich aus den dabei gewonnenen Erfahrungen gesetzlicher Handlungsbedarf ergeben, wird die Bundesregierung die entsprechenden Maßnahmen ergreifen.

d) Die Einführung elektronischer Daten und ökonomischer Gutachten in gerichtliche Kartellbußgeldverfahren sollte durch geeignete gesetzliche Maßnahmen erleichtert werden.

Die Bundesregierung wird prüfen, inwieweit im Hinblick auf das Ziel effektiver Verfahren und bestmöglicher Verfahrensbeschleunigung Änderungsbedarf bei der Einführung elektronischer Daten und ökonomischer Gutachten im Kartellbußgeldverfahren besteht.

2. **Zum Gesetzentwurf allgemein – Presse-Grosso**

Die Bundesregierung wird der Prüfbitte des Bundesrates entsprechen.

3. **Zur kartellrechtlichen Fusionskontrolle bei Zusammenlegung öffentlicher Einrichtungen und Betriebe**

Die Bundesregierung wird im weiteren Gesetzgebungsverfahren das Anliegen des Bundesrates prüfen, inwieweit Zusammenlegungen öffentlicher Einrichtungen und Betriebe im Rahmen einer kommunalen Neugliederung oder sonstigen Bildung anderer Verwaltungseinheiten der kartellrechtlichen Fusionskontrolle unterliegen.

4. **Zur Anwendbarkeit des GWB bei Trägerschaft mehrerer Unternehmen durch eine kommunale Gebietskörperschaft**

Die Bundesregierung wird die Bitte des Bundesrates nach einer gesetzlichen Klarstellung im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen.

5. **Zu Artikel 1 Nummer 6 Buchstabe c und d**
(§ 19 Absatz 2 Nummer 5 – neu –, Absatz 3 GWB)

Die Bundesregierung stimmt der vorgeschlagenen Änderung zu. Sie erachtet es aber als geboten, § 19 Absatz 3 GWB-E darüber hinaus durch einen Verweis auf § 31 Absatz 1 Nummer 3 GWB-E (entspricht § 103 Absatz 1 Nummer 3 GWB 1990) zu ergänzen, um zu gewährleisten, dass entsprechend des mit der 8. GWB-Novelle in Bezug auf die Wasserwirtschaft verfolgten Zwecks einer 1:1-Umsetzung der alten Vorschriften Wasserversorgungsunternehmen – wie bisher – der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht unterliegen, wenn sie in Verträgen untereinander eine Preisbindung im Sinne des § 103 Absatz 1 Nummer 3 vereinbaren.

Es handelt sich letztlich um eine Folgeänderung der Aufhebung des § 131 Absatz 6 (Nummer 44 Buchstabe a) des Gesetzentwurfs. Die bisherige Überleitungsvorschrift bestimmt in Satz 2, dass die Vorschriften des GWB in der Fassung der Bekanntmachung von 1990, zuletzt geändert durch die 6. GWB-Novelle 1998, die auf §§ 103, 103a und 105 GWB 1990 verweisen und die Vorschriften, auf die diese genannten Vorschriften verweisen, weiter anzuwenden sind. Aufgrund dieser Verweisungskette gilt nach § 26 Absatz 2 Satz 1 GWB 1990 (entspricht § 20 Absatz 1 GWB und zukünftig § 19 Absatz 2 Nummer 1 GWB-E), dass auch preisbindende Unternehmen im Sinne des § 103 Absatz 1 Nummer 3 GWB 1990 andere Unternehmen weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln dürfen.

§ 19 Absatz 3 Satz 2 GWB-E ist deshalb wie folgt zu fassen:

„Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt auch für Unternehmen, die Preise nach § 28 Absatz 2, § 30 Absatz 1 Satz 1 oder § 31 Absatz 1 Nummer 3 binden.“

Als Folgeänderung des Vorschlags des Bundesrates schlägt die Bundesregierung vor, Artikel 1 Nummer 6 Buchstabe e wie folgt zu fassen:

„Absatz 4 wird gestrichen.“

6. **Zu Artikel 1 Nummer 7 Buchstabe a_1 – neu –, Buchstabe b Doppelbuchstabe aa** (§ 20 Absatz 1 GWB)

Die Bundesregierung stimmt der vorgeschlagenen Änderung unter Buchstabe a zu.

Sie lehnt allerdings die unter Buchstabe b vorgeschlagene Ergänzung des § 20 Absatz 1 GWB-E ab. Ziel der Bundesregierung bei der Neuordnung der Missbrauchsaufsicht ist eine klare Trennung zwischen den Vorschriften für marktbeherrschende und den Vorschriften für relativ marktmächtige Unternehmen ohne Änderung des materiellen Gehalts. Adressaten des geltenden § 20 Absatz 2 Satz 1 GWB sind neben Unternehmen jegliche Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen. Die durch den Bundesrat vorgeschlagene Ergänzung würde den Anwendungsbereich des § 20 Absatz 1 GWB-E im Widerspruch zum Regierungsentwurf auf Unternehmensvereinigungen im Sinne des § 19 Absatz 3 Satz 1 einengen. Eine solche Änderung des materiellen Gehalts ist von der Bundesregierung nicht beabsichtigt.

7. **Zu Artikel 1 Nummer 10a – neu –, Nummer 44**
(§ 29 Satz 1 und § 131 Absatz 1 GWB)

Die Bundesregierung lehnt das Anliegen des Bundesrates zu Buchstabe a ab, die Anwendbarkeit des § 29 GWB unbefristet auf den Bereich der Fernwärmeversorgung zu erstrecken. Die Vorschrift weist entgegen der Auffassung des Bundesrates keine Lücke für die Versorgung mit Fernwärme auf. Die wettbewerbspolitische Rechtfertigung für die Einführung der verschärften Missbrauchsvorschrift in § 29 GWB für Anbieter von Strom und Gas liegt in ihrer Funktion als Übergangsvorschrift. Sie wurde als befristete Flankierungsmaßnahme geschaffen, bis der Wettbewerb strukturell so gesichert ist, dass eine besondere Preismissbrauchskontrolle nicht mehr erforderlich ist. Hiervon unterscheidet sich der Bereich der Fernwärmeversorgung grundlegend. Auch der Bundesrat geht davon aus, dass sich bei der Fernwärmeversorgung – anders als bei Strom und Gas – kein entsprechender Wettbewerb entwickeln wird. Für eine dauerhafte Quasi-Preisregulierung natürlicher Monopole ist im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen kein Raum; bei Bedarf sollte eine solche in einem Regulierungsrecht erfolgen. Dass ohne Ausweitung des § 29 auf die Fernwärme ein Anbieter von Strom wie auch von Fernwärme unterschiedlichen Preismissbrauchsprüfungen unterläge, ist sachlich begründbar. Es handelt sich um unterschiedliche Märkte, nämlich Wettbewerbs- und Quasi-Monopolmärkte, die unterschiedlichen Prüf- und Verfahrensregeln unterliegen können.

Die Bundesregierung unterstützt jedoch im Grundsatz das Anliegen des Bundesrates, es den Kartellbehörden zu ermöglichen, eine Missbrauchsprüfung von Fernwärmepreisen neben einem Preisvergleich mit Vergleichsunternehmen auch auf Kostenbasis durchzuführen. Sie wird im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen, ob hierfür ein auf eine Kostenprüfung bezogener Regeltatbestand als Missbrauchsbeispiel für Fernwärmeversorgungsunternehmen ausdrücklich eingeführt werden soll, wie dies bei der Missbrauchsaufsicht im Bereich der Wasserwirtschaft nach der von der Bundesregierung unterstützten Anregung des Bundesrates in § 31 Absatz 4 Nummer 3 GWB-E geschehen soll. Während der wasserspezifische Missbrauchstatbestand im § 31 Absatz 4 Nummer 2 GWB-E, der die besondere Missbrauchsaufsicht nach § 103 Absatz 5 Satz 2 Nummer 2 GWB 1990 in Verbindung mit § 131 Absatz 6 Satz 1 GWB übernimmt, die nur auf das Vergleichsmarktkonzept abstellt, lässt die allgemeine Missbrauchsvorschrift in § 19 Absatz 2 Nummer 2 GWB-E (entspricht der geltenden Fassung in § 19 Absatz 4 Nummer 2 GWB) grundsätzlich bereits eine Prüfung der Preise auf Basis einer Kosten- oder Kalkulationskontrolle zu.

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag des Bundesrates zu Buchstabe b zu einer unbefristeten Geltung des § 29 GWB im Bereich der Wärmeversorgung aus den zu Buchstabe a angeführten Gründen ab.

8. **Zu Artikel 1 Nummer 11** (§ 31 ff. GWB)

Die Bundesregierung sieht keine Möglichkeit für die gewünschte Klarstellung.

Die vom Bundesrat angesprochene Regelung in § 103 Absatz 5 Satz 2 Nummer 4 GWB 1990 betraf zwar nicht die

Wasserwirtschaft, sondern ausschließlich den Energiebereich. Jedoch konnte daraus schon bisher nicht geschlossen werden, dass im Bereich der Wasserwirtschaft Durchleitungsansprüche immer ausgeschlossen waren. Wie in der Begründung des Gesetzentwurfs ausgeführt, gibt § 31b Absatz 6 GWB die schon bisher geltende Rechtslage wieder, die der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 2. Februar 2010 – KVR 66/08 – dargestellt hat. Dort heißt es, dass kein Anlass besteht, Wasserversorgungsunternehmen nur auf der Grundlage von § 103 Absatz 5 und 7 GWB 1990 einer Missbrauchskontrolle zu unterwerfen. Damit gilt auch in Zukunft die dann in § 19 Absatz 2 Nummer 4 GWB-E enthaltene Regelung, wonach es unter den dort beschriebenen weiteren Voraussetzungen verboten ist, einem anderen Unternehmen den Zugang zum eigenen Netz zu verweigern. Sofern dies aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen, zu denen auch technische und hygienische Gründe gehören können, unmöglich ist, schließt dies bereits auf der Basis des geltenden Rechts einen Missbrauch aus.

9. **Zu Artikel 1 Nummer 11**
(§ 31 Absatz 4 Nummer 3 – neu – GWB)

Die Bundesregierung stimmt dem Anliegen des Bundesrates, den Kartellbehörden ausdrücklich auch eine Überprüfung der Entgelte von Wasserversorgungsunternehmen anhand einer Kostenprüfung zu ermöglichen. Sie schlägt allerdings vor, § 31 Absatz 4 Nummer 3 wie folgt zu fassen:

„3. ein Wasserversorgungsunternehmen Entgelte fordert, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten; Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, dürfen bei der Feststellung eines Missbrauchs nicht berücksichtigt werden."

Die Bundesregierung teilt die Auffassung des Bundesrates, dass im Einzelfall die Anwendung des in § 31 Absatz 4 Nummer 2 GWB-E geregelten Vergleichsmarktkonzeptes aufwendiger sein kann als eine Kostenprüfung. Hinzu kommt, dass die Missbrauchsaufsicht bei Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts unter Umständen an Grenzen stößt, wenn ein Wasserversorgungsunternehmen über sehr günstige Kostenbedingungen verfügt und daher immer noch niedrigere Entgelte verlangen kann als Vergleichsunternehmen.

Der Vorschlag des Bundesrates entspricht auch dem von der Bundesregierung mit der Schaffung von § 29 GWB im Jahre 2007 für den Bereich der Strom- und Gasanbieter verfolgten Anliegen, zur Erleichterung einer Missbrauchsaufsicht klarzustellen, dass neben der Vergleichsmarktbetrachtung auch eine Überprüfung der Kosten-Preis-Relation zulässig ist.

Es ist jedoch erforderlich, über den Vorschlag des Bundesrates hinaus sicherzustellen, dass – wie in § 29 Absatz 1 Satz 2 GWB für die Bereiche Strom und Gas ausdrücklich geregelt – im Rahmen der Missbrauchsaufsicht Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, bei der Feststellung eines Missbrauchs nicht berücksichtigt werden dürfen. Die mit dieser Regelung bezweckte Klarstellung, dass Kosten, die ein Unternehmen bei funktionierendem Wettbewerb vermeiden oder nicht geltend machen würde bzw. nicht über die Preise abwälzen könnte, nicht zu Gunsten des Normadressaten berücksichtigt werden können, gilt in gleicher Weise für die Wasserwirtschaft. Der Grundsatz, dass unternehmensindividuell bedingte Umstände nicht zu berücksichtigen sind, kommt auch in 31 Absatz 4 Nummer 2 GWB-E zum Ausdruck, wo – wie schon bisher – ausdrücklich geregelt ist, dass nur nicht zurechenbare Umstände zu Gunsten eines der Missbrauchskontrolle unterliegenden Wasserversorgungsunternehmens berücksichtigt werden können.

10. **Zu Artikel 1 Nummer 11**
(§ 31b Absatz 2 Satz 2 – neu – GWB)

Die Bundesregierung hält die vorgeschlagene Regelung nicht für erforderlich.

Der Begriff der Verfügung in § 31b Absatz 2 GWB-E ist enger als der Begriff der Verfügung in §§ 61 und 63 GWB. Aus dem Regelungszusammenhang des GWB und dem Zweck des in § 31b Absatz 2 GWB-E vorgesehenen Benehmens mit der Fachaufsichtsbehörde ergibt sich, dass das Missbrauchsverfahren von den Kartellbehörden in seinen einzelnen Verfahrensschritten keine Abstimmung mit der Fachaufsichtsbehörde voraussetzt. Dies gilt nicht nur im Hinblick auf die – formlos mögliche – Entscheidung, ob ein Verfahren eingeleitet wird. Auch der Erlass einer Auskunftsverfügung dient nur der Vorbereitung der Entscheidung. Ohne Kenntnis der Ergebnisse eines von den Kartellbehörden betriebenen Verwaltungsverfahrens ist es der Fachaufsichtsbehörde regelmäßig überhaupt nicht möglich, sich zur der Frage zu äußern, ob ihre Kompetenzen berührende Gesichtspunkte und Prinzipien bei der von der Kartellbehörde zu treffenden Entscheidung zu berücksichtigen sind.

11. **Zu Artikel 1 Nummer 11**
(§ 31b Absatz 3 Nummer 1a – neu – GWB)

Die Bundesregierung stimmt dem Anliegen des Bundesrates im Grundsatz zu.

Mit den Regelungen in den §§ 31 bis 31b GWB-E ist beabsichtigt, die Systematik des GWB zu verbessern und die Anwendbarkeit für die Kartellbehörden zu erleichtern. § 32b GWB findet zwar in den bisherigen, über § 131 Absatz 6 GWB anwendbaren Vorschriften des GWB 1990 keine entsprechende Anwendung, da die Vorschrift erst im Zuge der 7. GWB-Novelle Eingang in das GWB gefunden hat. Mit ihr wird jedoch die Möglichkeit einvernehmlicher Lösungen geschaffen. Dies liegt sowohl im Interesse der Kartellbehörden als auch der an Missbrauchsverfahren beteiligten Unternehmen.

Jedoch bedarf es der vom Bundesrat in erster Linie vorgeschlagenen Regelung nach Auffassung der Bundesregierung nicht. Der Systematik des GWB entsprechend reicht ein Verweis auf § 31b GWB in § 32b GWB, wie er in den Folgeänderungen zu den Buchstaben a und b vorgesehen ist, um das Gewollte auszudrücken. Da in § 80 Absatz 1 Nummer 2 GWB-E sowohl § 31b Absatz 3 GWB-E als auch § 32b GWB genannt werden, bedarf es der vorgeschlagenen Schaffung eines § 31b Absatz 3 Nummer 1a GWB-E insbesondere nicht, um – wie es in der Begründung des Vorschlags heißt – zu gewährleisten, dass die Kartellbehörde eine Gebühr erhält.

12. **Zu Artikel 1 Nummer 11**
(§ 31b Absatz 3 Satz 2 – neu – GWB)

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag ab.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der Entscheidung vom 2. Februar 2010 – KVR 66/08 – [Tz. 75 ff.] setzt § 32 GWB einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot voraus. § 31 Absatz 4 GWB-E, der § 103 Absatz 5 GWB 1990 entspricht, regelt ein solches gesetzliches Verbot jedoch nicht, sondern ermächtigt die Kartellbehörde lediglich, eine Abstellungsverfügung nach § 31b Absatz 3 oder 5 GWB-E zu erlassen. Es fehlt damit an der Grundlage für Entscheidungen gemäß § 32 Absatz 2a GWB-E und § 32 Absatz 3 GWB.

13. **Zu Artikel 1 Nummer 17 Buchstabe a**
(§ 34 Absatz 1 Satz 1 GWB)

Die Bundesregierung lehnt die Forderung ab.

Die Bundesregierung hält eine Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörden nur dann für sachgerecht, wenn die kartellrechtswidrige Handlung vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde. Die Forderung des Bundesrates nach einer Vorteilsabschöpfung ohne dass ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten zugrunde liegt, stünde zudem im Widerspruch zur Wertung in § 10 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, der eine Abschöpfung ebenfalls nur bei schuldhaftem Handeln vorsieht. Im Übrigen dürfte nach Einschätzung der Bundesregierung eine Vorteilsabschöpfung in der Praxis bei Kartellrechtsverstößen regelmäßig nicht am Verschuldenserfordernis scheitern.

14. **Zu Artikel 1 Nummer 18**
(§ 34a Absatz 1, 4 Satz 2 und 3, Absatz 5 GWB)

Die Bundesregierung lehnt aus den bereits genannten Gründen auch eine verschuldensunabhängige Vorteilsabschöpfung durch Verbände ab. Die vom Bundesrat darüber hinaus vorgeschlagene Zuführung von Bußgeldern an ein „Sondervermögen des Bundes“ und deren zweckgebundene Verwendung zur Finanzierung der Verbraucherarbeit würde gegen den Grundsatz der Gesamtdeckung nach § 8 der Bundeshaushaltsordnung verstoßen, demzufolge alle Einnahmen zur Deckung aller Ausgaben dienen. Nur die Nutzung als Gesamtdeckungsmittel gewährleistet, dass die vereinnahmten Bußgelder der Allgemeinheit und nicht einer einzelnen Interessengruppe zugute kommen. Die Bundesregierung sieht keine überzeugenden Argumente, warum im Bereich der Kartellbußen von diesem Grundsatz abgewichen werden sollte. Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, dass Bußgelder vielfach aus Verfahren stammen, die den Verbraucher nicht unmittelbar betreffen.

15. **Zu Artikel 1 Nummer 18a – neu –**
(§ 34b – neu – GWB)

Die Bundesregierung sieht keinen Anlass für eine entsprechende Regelung.

Die Errichtung eines Sondervermögens des Bundes zur Finanzierung der Verbraucherarbeit würde gegen den Grundsatz der Gesamtdeckung nach § 8 der Bundeshaushaltsordnung verstoßen, demzufolge alle Einnahmen zur Deckung aller Ausgaben dienen. Die Bundesregierung sieht keine überzeugenden Argumente, warum im Bereich der Kartellbußen von diesem Grundsatz abgewichen werden sollte. Die Einnahmen aus Geldbußen aus Kartellverfahren sind nicht zweckgebunden, sondern fließen dem Bundeshaushalt als allgemeine Deckungsmittel zu. Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, dass Bußgelder vielfach aus Verfahren stammen, die den Verbraucher nicht unmittelbar betreffen. Die Nutzung als Gesamtdeckungsmittel gewährleistet, dass die vereinnahmten Bußgelder der Allgemeinheit zugute kommen und nicht einer bestimmten Interessengruppe.

16. **Zu Artikel 1 Nummer 21 Buchstabe a**
(§ 38 Absatz 3 Satz 2 – neu – GWB)

Die Bundesregierung widerspricht dem Vorschlag.

Angesichts der Veränderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für Presseunternehmen, die durch die fortschreitende Entwicklung der digitalen Mediennutzung eingetreten sind, ist eine Anpassung der pressespezifischen Aufgreifschwelle geboten. Der Multiplikator wird von 20 auf 8 verringert. Diese moderate Reduzierung des Umsatzrechnungsfaktors, die damit verbundene Anhebung der allgemeinen Aufgreifschwelle und die leichte Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Bagatellmarktklausel sind aus wettbewerbspolitischer Sicht gerechtfertigt. Die moderate Erweiterung der Zusammenschlussmöglichkeiten trägt dem strukturell geänderten Medienumfeld der Presse Rechnung und ermöglicht gerade auch kleinen und mittleren Verlagen, ihre wirtschaftliche Basis durch Zusammenschlüsse zu stabilisieren. Einige der Zusammenschussvorhaben, die wegen der Erweiterung der Bagatellmarktklausel nicht mehr unter die Fusionskontrolle fallen, dürften schon aufgrund der allgemeinen Anhebung der Aufgreifschwelle nicht mehr der Fusionskontrolle unterliegen. Alle anderen bleiben anmeldepflichtig und sind auch nicht insgesamt, sondern nur hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf den Bagatellmärkten der Prüfung durch das Bundeskartellamt entzogen. Um keinem kontrollfreien Erwerb kleiner Verlage durch Großverlage Vorschub zu leisten, hat die Bundesregierung das Anliegen der Verlage, auch im Pressebereich die Geltung der so genannten Anschlussklausel einzuführen, nicht aufgegriffen.

17. **Zu Artikel 1 Nummer 35**
(§ 64 Absatz 1 Nummer 2 GWB)

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag ab.

Die Ergänzung des § 31b Absatz 3 GWB-E in § 64 Absatz 1 Nummer 2 GWB-E entspricht der Intention der Bundesregierung, die derzeitige Rechtslage ohne materielle Änderungen in den Text des GWB zu übernehmen. Anders als bei Verfügungen wegen Verstößen gegen gesetzliche Verbote, zu denen die Missbrauchstatbestände des § 31 Absatz 4 GWB-E nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Beschluss vom 2. Februar 2010 – KVR 66/08 [Tz. 75 f.]) nicht gehören, hat nach geltendem Recht die Beschwerde gegen eine Missbrauchsverfügung der Kartellbehörde aufschiebende Wirkung. Dies gilt nicht nur aufgrund der bisherigen Regelung in § 64 Absatz 1 Nummer 2 GWB für Missbrauchsverfügungen nach § 30 Absatz 3 GWB, sondern aufgrund der Überleitungsvorschrift in § 131 Absatz 6 GWB auch für Missbrauchsverfügungen gemäß § 103 Absatz 6 GWB 1990 (vgl. § 63 Absatz 1 Nummer 2 GWB 1990).

Hinsichtlich der vorgesehenen aufschiebenden Wirkung von Beschwerden gegen Rückerstattungsanordnungen der Kartellbehörden nach § 32 Absatz 2a Satz 1 GWB-E teilt die Bundesregierung die Bedenken des Bundesrates nicht, dass es dadurch zu einer Verschlechterung der effektiven Kartell-

rechtsdurchsetzung kommen wird. Eine Verfügung nach § 32 Absatz 2a Satz 1 GWB-E wird regelmäßig auch nach Rechtskraft gegenüber dem Unternehmen noch vollzogen werden können, während eine spätere Rückabwicklung bei sofortiger Vollziehbarkeit grundsätzlich bei der Vielzahl von Betroffenen schwierig sein dürfte. Da es der Kartellbehörde unbenommen bleibt, im Einzelfall die sofortige Vollziehbarkeit nach § 65 Absatz 1 GWB anzuordnen, wenn dies im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse der Beteiligten geboten ist, hält die Bundesregierung an der aufschiebenden Wirkung von Beschwerden gegen Rückerstattungsanordnungen fest.

18. **Zu Artikel 1 Nummer 38a – neu –**
(§ 82a Absatz 1 GWB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag nicht zu.

Aus der Praxis sind der Bundesregierung keine Fälle bekannt, in denen das Gericht dem Vertreter der Kartellbehörden auf dessen Wunsch eine Frage nicht gestattet hätte. Im Übrigen erachtet sie die vorhandenen allgemeinen Regelungen, insbesondere die Nummern 272 und 282 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren, als ausreichend, um das Fachwissen der Kartellbehörde unmittelbar in die Hauptverhandlung einzubringen. Auch aus der zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs vermag die Bundesregierung einen entsprechend konkreten Änderungsbedarf nicht zu entnehmen.

19. **Zu Artikel 1 Nummer 38a – neu –**
(§ 82a Absatz 2 Satz 3 – neu – GWB)

Die Bundesregierung lehnt die Forderung ab.

Der Vorschlag, einen bestimmten Prozentsatz der Bußgeldeinnahmen für die Verbraucherarbeit zu „reservieren“, ist vor dem Hintergrund des in Artikel 110 des Grundgesetzes und in § 11 der Bundeshaushaltsordnung geregelten Prinzips der Einheit und Vollständigkeit des Haushalts und des in § 7 des Haushaltsgrundsätzegesetzes normierten Grundsatzes der Gesamtdeckung abzulehnen. Regelungen dieser Art – insbesondere dauergesetzlicher Art – engen die notwendige Flexibilität der Haushaltswirtschaft ein und schmälern die Möglichkeit des Haushaltsgesetzgebers, politische Schwerpunkte zu setzen und Prioritäten festzulegen.

Vorliegend ist nicht erkennbar, dass hinreichende Gründe gegeben sind, die vom Bundesrat geforderte Einengung der Dispositionsfreiheit des Haushaltsgesetzgebers gleichwohl in Erwägung zu ziehen. Wenn Verbraucherverbände von der Möglichkeit der Verbandsklage Gebrauch machen und vor Gericht obsiegen, sind ihre Prozesskosten bereits heute nach § 34a Absatz 4 Satz 2 GWB gedeckt. Darüber hinausgehende allgemeine Aufwendungen gehören zur genuinen Aufgabe von Verbänden und stellen keinen Sondertatbestand dar.

20. **Zu Artikel 1 Nummer 43a – neu –**
(§ 130 Absatz 1 Satz 1a – neu – GWB)

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag ab.

Die Bundesregierung hat bereits in ihrer Stellungnahme zum 18. Hauptgutachten der Monopolkommission 2008/2009 vom 17. Dezember 2010 ihre grundsätzliche Position zu nebeneinander existierenden Systemen von Gebühren und Preisen sowie den entsprechenden Aufsichtsregimen dargelegt. Gleichzeitig hat sie darauf hingewiesen, dass sie den Versuch, der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht durch Einführung von Gebühren entgehen zu wollen, kritisch sieht, und die weiteren Entwicklungen in der Branche vor diesem Hintergrund aufmerksam beobachten wird (vgl. Bundestagsdrucksache 17/4305, S. 4 [14.]). Die Bundesregierung sieht keine Veranlassung, die seinerzeit im Interesse der Kunden von Wasserversorgungsunternehmen eingenommene kritische Haltung zu ändern.

Die Bundesregierung bezweckt mit der Überführung der bislang über die Übergangsvorschrift des § 131 Absatz 6 GWB geltenden Vorschriften für die Wasserwirtschaft in erster Linie die Verbesserung der Systematik des GWB und die Erleichterung der Anwendbarkeit des Gesetzes für die Kartellbehörden. Sie erachtet es als sinnvoll, vor einer gesetzlichen Regelung zunächst die zu erwartenden höchstrichterlichen Entscheidungen abzuwarten. Der Bundesgerichtshof hat in einer erst Anfang dieses Jahres veröffentlichten Entscheidung vom 18. Oktober 2011 – KVR 9/11 – (Niederbarnimer Wasserverband) ausdrücklich nicht ausgeschlossen, dass sich bereits auf der jetzt geltenden Rechtslage die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht auch auf Gebühren erstreckt. Auch die hiermit in Zusammenhang stehende Frage, ob – und wenn ja – unter welchen Voraussetzungen sich Wasserversorgungsunternehmen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht durch Rechtsformwechsel entziehen können, ist bislang nicht höchstrichterlich geklärt. Eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 20. September 2011 – 11 W 24/11 (Kart) –, in der es als legitim angesehen worden ist, dass sich eine Kommune durch eine „Flucht in die Gebühren“ der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht entzieht, ist derzeit Gegenstand eines beim Bundesgerichtshof anhängigen Rechtsmittels.

21. **Zu Artikel 3 Nummer 1** (§ 4 Absatz 3 Satz 2 und 3 SGB V)**,**
Nummer 2 (§ 172a SGB V) **und**
Artikel 4 Absatz 8 (§ 51 Absatz 3 SGG)

Die Bundesregierung lehnt die Forderung ab, von einer entsprechenden Anwendbarkeit des GWB auf das Verhältnis der Krankenkassen und ihrer Verbände untereinander und zu den Versicherten abzusehen.

Die Bundesregierung verweist hierzu auf ihre umfangreiche Gesetzesbegründung. Im Hinblick auf die Fusionskontrolle geht aus Sicht der Bundesregierung insbesondere das Argument des Bundesrates fehl, das sozialrechtliche Genehmigungserfordernis von freiwilligen Vereinigungen von Krankenkassen durch die zuständigen Aufsichtsbehörden mache eine kartellrechtliche Kontrolle überflüssig. Die Prüfung einer Fusion durch das Bundeskartellamt zielt darauf ab, eine Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur zu verhindern. Diesen Schutz bezweckt die Prüfung durch die sozialrechtlichen Aufsichtsbehörden nicht.

22. **Zu Artikel 4 Absatz 7** (§ 95 Absatz 2 Nummer 1 GVG)

Die Bundesregierung widerspricht dem Vorschlag.

Die vom Bundesrat befürwortete Wahlmöglichkeit der Parteien wird nach Kenntnis der Bundesregierung häufig in der Weise ausgeübt, dass vom Beklagten ein Verweisungsantrag an die Kammer für Handelssachen gestellt wird. Die im Regierungsentwurf enthaltene Änderung weist kartellrechtliche

Schadensersatzansprüche den Kollegialspruchkörpern der allgemeinen Zivilkammern zu. Nach Auffassung der Bundesregierung bestehen innerhalb der gemäß § 348 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 Buchstabe k der Zivilprozessordnung in Verbindung mit § 87 GWB mit drei Berufsrichtern besetzten allgemeinen Zivilkammer grundsätzlich bessere Möglichkeiten, kartellrechtliche Schadensersatzansprüche in der gebotenen Weise zu fördern als in der praktisch meist nur in der Besetzung mit dem Vorsitzenden als Einzelrichter, d. h. mit einem Berufsrichter entscheidenden Kammer für Handelssachen. Im Übrigen haben die Länder die Möglichkeit, bei den Landgerichten im Wege der Zuständigkeitskonzentration (§ 89 GWB) die kartellrechtliche Spezialisierung der für die Entscheidung über entsprechende Streitigkeiten zuständigen Spruchkörper zu erhöhen.

Gesamtherstellung: H. Heenemann GmbH & Co., Buch- und Offsetdruckerei, Bessemerstraße 83–91, 12103 Berlin, www.heenemann-druck.de
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Postfach 10 05 34, 50445 Köln, Telefon (02 21) 97 66 83 40, Fax (02 21) 97 66 83 44, www.betrifft-gesetze.de
ISSN 0722-8333